



# REVISTA DE ESTUDIOS JURÍDICO LABORALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL

revista semestral  
noviembre-abril 2023

## REJLSS

ISSN-e 2660-437X

# 6

## REVISTA DE ESTUDIOS JURÍDICO LABORALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL

PERIODICIDAD SEMESTRAL

NOVIEMBRE 2022 - ABRIL 2023

---

### PRESIDENCIA

*Francisco Vila Tierno*

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Málaga

### DIRECCIÓN

*Miguel Ángel Gómez Salado*

Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Málaga

### COORDINACIÓN GENERAL

*Belén del Mar López Insua*

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Granada

### SECRETARÍA GENERAL

*Estefanía González Cobaleda*

Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Málaga (España)

*José Luis Ruiz Santamaría*

Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Málaga

### La revista nace en el marco de las siguientes acciones investigadoras:

- Proyecto Estatal de I+D+i “Retos, reformas y financiación del sistema de pensiones: ¿sostenibilidad versus suficiencia?” (RTI2018-094696-B-I00).
- Proyecto Autonómico de I+D+i “Los mayores en el contexto del empleo y la protección social: un reto para el crecimiento y desarrollo económico” (P18-RT-2585).

### Este número se enmarca dentro de las actividades de los siguientes proyectos:

- Grupo PAIDI SEJ-347 sobre “Políticas de Empleo, Igualdad e Inclusión Social”, financiado por la Junta de Andalucía.
- Red de I+D+i “Nuevas formas de prestación laboral y vulnerabilidad sobrevenida para el colectivo de mayores”.

## ENFOQUE Y ALCANCE

La Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS) es una publicación científica editada por el Servicio de Publicaciones y Divulgación Científica de la Universidad de Málaga (UMA Editorial) que desde sus comienzos, en el año 2020, se distingue por dar a conocer trabajos originales, inéditos y dedicados a las materias que sean propias de la disciplina del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Se caracteriza por su acceso libre, abierto y gratuito, cuenta con una significativa presencia en Europa y Latinoamérica, está vinculada a la actualidad sociolaboral, quiere reflexionar y aportar soluciones en un contexto de evolución compleja de esta rama del Derecho, y tiene una clara vocación de continuidad, rigor, calidad y seriedad.

Asimismo, esta revista interuniversitaria es una publicación de periodicidad semestral, con dos números ordinarios por año (además de los números extraordinarios) que cubren los períodos mayo-octubre y noviembre-abril, editada en formato electrónico. Y se dirige a profesores universitarios, investigadores, estudiantes, abogados, graduados sociales, asesores y personas en general interesadas en los estudios jurídico-laborales, siempre con la finalidad de promover la investigación, la transferencia y la actualización académica y profesional dentro de su especialidad.

La revista incluye los siguientes contenidos:

- Presentación del número / Editorial
- Estudios doctrinales
- Estudios jurisprudenciales
- Clásicos del Derecho
- Reseñas bibliográficas

La revista se encuentra indexada en las siguientes bases de datos:

**CIRC** (D, Ciencias Sociales), **Dialnet**, **Latindex**, **MIAR**, **DRJI**, **REBIUN**, **ROAD**, **Wizdom**, **WorldCat**, **CSUC**, **Google Académico** (Google Scholar), **Crossref Metadata Search**, **EZB** (EZB Electronic Journals Library), **WZB** (WZB Berlin Social Science Center), **ZDB** (Zeitschriften Datenbank), **Dulcinea**, **REDIB** (Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico), **Journal TOCs**, **Scilit**, **DOAJ** y **ERIHPLUS**.



DISPONIBLE EN FORMATO ELECTRÓNICO EN  
<http://www.revistas.uma.es/indexphp/REJLSS/>



PRESENTE EN TWITTER



PRESENTE EN FACEBOOK

# REJLSS

Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social  
noviembre - abril 2023 - núm 6 ISSN-e: 2660-437X

## CONSEJO ASESOR

### VOCALES

***Inmaculada Ballester Pastor***

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Jaume I de Castellón (España)

***Stefano Bellomo***

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Università degli Studi di Roma «La Sapienza» (Italia)

***Paola Bozzao***

Catedrática (acreditada) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Università degli Studi di Roma «La Sapienza» (Italia)

***Riccardo Del Punta***

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Università degli Studi di Firenze (Italia)

***Ángel Luis de Val Tena***

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Zaragoza (España)

***Carmen Elena Domínguez Soto***

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Pontificia Universidad Católica de Chile (Chile)

***Marco Esposito***

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Università degli Studi di Napoli «Parthenope» (Italia)

***Juan García Blasco***

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Zaragoza (España)

***José Ignacio García Ninet***

Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Barcelona (España)

***Jordi García Viña***

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Barcelona (España)

***Antonio Márquez Prieto***

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Málaga (España)

***Cristóbal Molina Navarrete***

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Jaén (España)

***José Luis Monereo Pérez***

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Granada (España)

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 (España)

***Rosa Quesada Segura***

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Málaga (España)

***Susana Rodríguez Escanciano***

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de León (España)

***María José Romero Ródenas***

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Castilla-La Mancha (España)

***Cristina Sánchez-Rodas Navarro***

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Sevilla (España)

***Franco Scarpelli***

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Università degli Studi di Milano-Bicocca (Italia)

***Francisco Tapia Guerrero***

Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Pontificia Universidad Católica de Chile (Chile)

***Adriana Topo***

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Università degli Studi di Padova (Italia)

***José Luis Tortuero Plaza***

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Complutense de Madrid (España)

***María Arántzazu Vicente Palacio***

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Jaume I de Castellón (España)

## CONSEJO EDITORIAL

Se pueden consultar los miembros del Consejo Editorial en el siguiente [enlace](#).

## CONSEJO DE REDACCIÓN

Se pueden consultar los miembros del Consejo de Redacción en el siguiente [enlace](#).

## COMITÉ DE EVALUACIÓN EXTERNA

Se pueden consultar los miembros del Comité de Evaluación en el siguiente [enlace](#).

# SUMARIO

## EDITORIAL

*Francisco Vila Tierno*

A VUELTAS CON LA INDEMNIZACIÓN ADICIONAL EN CASO DE DESPIDO...

*BACK WITH THE ADDITIONAL COMPENSATION IN CASE OF DISMISSAL...* ..... 9-12

## ESTUDIOS DOCTRINALES

*Eduardo Rojo Torrecilla*

UNA POLÍTICA DE EMPLEO ADECUADA PARA LOS CAMBIOS EN LAS RELACIONES LABORALES DEL SIGLO XXI: Estudio de la Ley 3/2023 de 28 de febrero, de Empleo

*AN ADEQUATE EMPLOYMENT POLICY FOR THE CHANGES IN LABOR RELATIONS OF THE XXI CENTURY: Study of the Law 3/2023 of 28 February on Employmen* ..... 14-45

*Jaime Cabeza Pereiro*

LA NUEVA DIMENSIÓN DE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL

*THE NEW DIMENSION OF LABOUR INTERMEDIATION* ..... 46-62

*Carolina Martínez Moreno*

SOBRE LA POSIBILIDAD DE UN CONCEPTO COMÚN Y EXPANSIVO DE TRABAJADOR EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA: A propósito de la “laboralización” de los administradores y consejeros

*THE POSSIBILITY OF A COMMON AND EXPANSIVE CONCEPT OF EMPLOYEE IN EU LAW: Regarding the employment of company administrators and directors* ..... 63-88

*Olimpia Molina Hermosilla*

INTELIGENCIA ARTIFICIAL, BIDGATA Y DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS

*ARTIFICIAL INTELLIGENTE, BIGDATA AND WORKERS ´S RIGHT TO DATA PROTECTION* ..... 89-117

*Francisco Andrés Valle Muñoz*

LAS REDES SOCIALES COMO MEDIO DE PRUEBA EN EL PROCESO LABORAL

*THE SOCIAL NETWORKS AS A MEAN OF EVIDENCE IN THE LABOUR PROCESS* ..... 118-143

*Guillermo Rodríguez Iniesta*

EL CONTROL Y LA GESTIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL. A propósito de la reforma introducida por el RD 1060/2022, de 27 de diciembre

*CONTROL AND MANAGEMENT OF TEMPORARY DISABILITY. About the reform introduced by RD 1060/2022, of December 27* ..... 144-185



*Patricia Espejo Megías*

CRITERIOS Y SISTEMAS DE CLASIFICACIÓN PROFESIONAL: El papel de la negociación colectiva como garante de la equidad salarial de las personas trabajadoras

*JOB CLASSIFICATION CRITERIA AND SYSTEMS: The role of collective bargaining as a guarantor of pay equity for workers* ..... 186-215

*Pompeyo Gabriel Ortega Lozano*

SUCESIÓN DE PLANTILLA Y ACTIVIDADES PRODUCTIVAS QUE DESCANSAN ESENCIALMENTE EN LA MANO DE OBRA

*Succession of staff and labour-intensive activity* ..... 216-255

*Raquel Vida Fernández*

LA REGULACIÓN DEL TELETRABAJO EN EL EMPLEO PÚBLICO: Coyuntura y perspectivas de futuro

*THE REGULATION OF TELEWORK IN PUBLIC EMPLOYMENT: Situation and future prospects* ..... 256-284

*Susana E. Castillo Ramos-Bossini*

LIMITACIONES A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES: Especial referencia al concepto de función pública

*LIMITATIONS ON THE FREE MOVEMENT OF WORKERS: Special reference to the concept of public function* ..... 285-316

## ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

*Daniel Toscani Giménez*

EL DESPIDO POR CORREO ELECTRÓNICO Y LA VALIDEZ DE MEDIO DIGITAL COMO PRUEBA EN EL PROCESO SOCIAL: Comentario a la STSJ de las Islas Canarias/Tenerife de 18/11/2022, rec. n.º. 388/2022

*DISMISSAL BY EMAIL AND THE VALIDITY OF DIGITAL MEDIA AS EVIDENCE IN THE SOCIAL PROCESS: Comment to the Court Ruling of the Canary Islands/Tenerife 11/18/2022, rec. n.º. 388/2022* ..... 318-325

## CLÁSICOS DEL DERECHO

*José Luis Monereo Pérez*

SOCIOLOGÍA CRÍTICA DEL DERECHO Y TEORÍA JURÍDICA EN HANS KELSEN

*Critical Sociology of Law and Legal Theory in Hans Kelsen* ..... 327-349



## RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

*Alfredo Ramírez Nardiz*

RESEÑA DE “ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL EN ESPAÑA. ORIGEN E INFLUENCIAS IDEOLÓGICAS” ..... 351-355

*Arturo Montesdeoca Suárez*

RESEÑA DE “OCASIONALIDAD Y PRESUNCIÓN EN EL ACCIDENTE DE TRABAJO”..... 356-357

*Sheila López Vico*

RESEÑA DE “CARACTERIZACIÓN JURÍDICA Y CAUSAS DEL DESPIDO OBJETIVO EN LA NORMATIVA, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA TRAS LAS RECIENTES REFORMAS LABORALES”..... 358-362

*Aída Cabello Roldán*

RESEÑA DE “EL EMPLEO DE LOS COLECTIVOS VULNERABLES EN EL MARCO DE LA TRANSFORMACIÓN TECNOLÓGICA: UNA APROXIMACIÓN JURÍDICO-SOCIAL”..... 363-366

*José Iván Pérez López*

RESEÑA DE “EL FUTURO DE LAS PENSIONES EN UN CONTEXTO DE REFORMAS Y CAMBIOS TECNOLÓGICOS” ..... 367-369

*Luis Ocaña Escolar*

RESEÑA DE “EL TRABAJO YA NO ES LO QUE FUE” ..... 370-372

*Salvador Perán Quesada*

RESEÑA DE “EL MÍNIMO VITAL EN CHILE” ..... 373-377

# A VUELTAS CON LA INDEMNIZACIÓN ADICIONAL EN CASO DE DESPIDO...

## BACK WITH THE ADDITIONAL COMPENSATION IN CASE OF DISMISSAL...

**Francisco Vila Tierno**

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Málaga

Magistrado (supl) TSJA / Consejero CES Andalucía (Grupo de Expertos)

[fvila@uma.es](mailto:fvila@uma.es) ORCID ID [0000-0001-5718-4160](https://orcid.org/0000-0001-5718-4160)

Recibido: 28-02-2023 - Aceptado: 28-02-2023 - Publicado: 22-03-2023

Páginas: 9-12

*Quello che sarà, sarà...*

De manera muy reciente, la sentencia del TSJ de Cataluña núm. 496/2023, de 30 de enero (rec.6219/2022)<sup>1</sup> ha venido a reconocer la necesaria existencia de una indemnización adicional, por encima de la tasada legalmente, para otorgar efectos disuasorio y reparador a una acción extintiva por parte del empleador<sup>2</sup>.

El supuesto de hecho, ahora, no viene al caso, lo importante es el porqué, su argumentación jurídica y, especialmente, sus efectos de aquí en adelante.

Si uno tiene a bien seguir las explicaciones, esencialmente de la prof. Salcedo Beltrán, sobre la materia, puede hacerse una idea completa de los interrogantes que pretendíamos abrir. Y no nos parece necesario otra cosa más que remitirnos a sus brillantes artículos y reflexiones<sup>3</sup>.

Quisiéramos, en cualquier caso, a través de esta editorial, llamar la atención sobre lo que hoy representa un tema de actualidad, pero que puede estar condenado a ser una cuestión de absoluta relevancia sobre

1 Ver texto completo en la base de datos del poder judicial, en el siguiente enlace: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e25bbde0d2c2bc2ea0a-8778d75e36f0d/20230210>

2 Al margen de la indemnización adicional en caso de despido nulo por vulneración de derechos fundamentales, aunque elementos de la misma pueden ser tenidos en cuenta para la configuración de la que ahora tratamos. Para un análisis de aquella: Arias Domínguez, A., "Últimos pronunciamientos jurisdiccionales sobre la indemnización adicional por transgresión de derechos fundamentales en los despidos nulos", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 5, 2022, págs. 275-289, DOI <https://doi.org/10.24310/rejls.vi5.14704>.

3 En especial: Salcedo Beltrán, C., "Las indemnizaciones por despido injustificado y el art. 24 de la Carta Social Europea revisada: no hay dos condenas (Finlandia e Italia) sin tres (Francia)", *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, vol. 12, núm. 1, 2022, <https://doi.org/10.46661/lexsocial.7485>.



una institución central de nuestra disciplina como es el despido. Especialmente porque en la reforma laboral llevada a cabo por el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, fruto del acuerdo en el seno del Diálogo Social, no se incorporó modificación alguna sobre la cuantía indemnizatoria del despido, lo que, por esta vía puede quedar superado con una solución bien distinta a partir de los argumentos que se dibujan, entre otras, en la citada resolución judicial.

Sea como fuere, lo primero que tenemos que preguntarnos es cuál es la norma de referencia para el posible reconocimiento de una indemnización superior a la tasada legalmente en supuesto de despido improcedente.

Al margen del Convenio 158 OIT, vamos a centrar nuestra atención al art. 24 CSE, en el que se dispone o reconoce el derecho a una indemnización reparadora en supuestos de extinción del contrato de trabajo cuando este se basa en una razón injusta<sup>4</sup>.

Ello nos lleva, necesariamente a plantearnos una segunda cuestión: ¿es directamente aplicable este precepto en nuestro ordenamiento interno?

Al respecto, señala el art. 96 CE que “1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno...”, de dónde se podría derivar que es directamente invocable. No obstante, el contenido de la CSE, podría introducir dudas sobre su aplicabilidad indirecta, en tanto que se podría cuestionar si formulan derechos subjetivos perfectos o si introducen, exclusivamente, mandatos a los poderes públicos.

En este sentido, como ya hemos advertido en estudios precedentes<sup>5</sup>, “tiene particular interés la STS núm. 268/2022, de 28 de marzo (Ponente: Sempere Navarro). En dicha resolución, siguiendo la doctrina que se establece, entre otras, en la STC 140/2018, de 20 de diciembre (sobre el control de convencionalidad); reconoce que “la jurisprudencia constitucional viene entendiendo que cualquier juez ordinario puede desplazar la aplicación de una norma interna con rango de Ley para aplicar de modo preferente la disposición contenida en un tratado internacional, sin que de tal desplazamiento derive la expulsión de la norma interna del ordenamiento, como resulta obvio, sino su mera inaplicación al caso concreto . El análisis de convencionalidad que tiene cabida en nuestro ordenamiento constitucional no es un juicio de validez de la norma interna o de constitucionalidad mediata de la

---

4 “Artículo 24. Derecho a protección en caso de despido.

Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores a protección en caso de despido, las Partes se comprometen a reconocer:

- a) el derecho de todos los trabajadores a no ser despedidos sin que existan razones válidas para ello relacionadas con sus aptitudes o su conducta, o basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio;
- b) el derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada.

A tal fin, las Partes se comprometen a garantizar que un trabajador que estime que se le ha despedido sin una razón válida tenga derecho a recurrir ante un organismo imparcial”.

5 Vila Tierno, F., “Una necesaria revisión de la doctrina del Tribunal Supremo sobre el tiempo de trabajo en las guardias localizadas conforme al contenido de la Carta Social Europea y su interpretación por el Comité Europeo De Derechos Sociales”, *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, vol. 13, núm. 1, 2023, págs. 1-14, <https://doi.org/10.46661/lexsocial.7889>.



misma, sino un mero juicio de aplicabilidad de disposiciones normativas; de selección de Derecho aplicable, que queda, en principio, extramuros de las competencias del Tribunal Constitucional [ SSTC 10/2019 (FJ 4º), 23/2019 (FJ 2º), 35/2019 (FJ 2º), 36/2019 (FJ 2º), 80/2019 (FJ 3º) y 87/2019]”.

A partir de aquí, sin embargo, introduce dudas sobre la aplicabilidad del conjunto del contenido de la CSE, pero no descarta, en absoluto, su eficacia, sino que lo hace depender de la cuestión a dilucidar y del contenido concreto: “Puesto que el contenido de la CSE es muy heterogéneo, no es seguro que todo él posea la misma aplicabilidad directa en el ámbito de una relación de Derecho Privado como es el contrato de trabajo. Más bien creemos, incluso tras la vigencia de la versión revisada, solo a la vista de cada una de las prescripciones que alberga cabe una decisión sobre ese particular. En tal sentido, la solución que ahora adoptamos no prejuzga lo que proceda en otras materias [...]”

Concluye, sobre el particular, no obstante, de un modo categórico: “Las reservas sobre aplicabilidad directa de la CSE antes de ratificar su versión revisada [...] deben ser superadas por todos los argumentos expuestos. Como cualquier otra norma, la CSE forma parte del ordenamiento jurídico, y ha de interpretarse en concordancia con las restantes, no de forma aislada [...]”<sup>6</sup>.

Si nos atenemos, en esta línea, al mismo art. 10.2 CE y las interpretaciones que viene haciendo sobre la indemnización disuasoria el CEDS (8 de septiembre de 2016, 11 de septiembre de 2019 y 22 de marzo de 2022; Finlandia, Italia y Francia, respectivamente), no deberían existir problemas para que el propio TS, al hilo de esta sentencia, planteara una solución distinta a la que ha venido manteniendo conforme a la doctrina del TJUE”.

Así, podemos afirmar que, a pesar de las dudas que se plantean, en algún momento, sobre la aplicabilidad directa del conjunto de disposiciones de la CSE, no se discute, por lo que se desprende, de la eficacia de esta norma en nuestro ordenamiento interno, aunque deberá ser el juez nacional el que determine, en un conflicto de normas, la que resulte aplicable<sup>7</sup>.

Los tribunales del Orden Social ya han introducido esta posibilidad que, aunque se resuelve de manera clara en la sentencia citada del TSJ de Cataluña, ya había sido apuntada con anterioridad por la misma Sala: STSJ núm. 2273/202, de 23 de abril de 2021. En ésta, ya se establecían los requisitos para que opere esta indemnización por encima de la legal: de una parte, que se constate una evidente insuficiencia de la indemnización por resultar la misma manifiestamente exigua y, de otra, que la decisión extintiva sea fruto de una ilegalidad, fraude de ley o abuso de derecho. Criterios a los que se acoge para su sentencia de 30 de enero, pero que, sin embargo, no comparten otras Salas de

---

6 Puede verse el interesante análisis que, al respecto se contiene en Rojo Torrecilla, E., “La Sala Social del TS establece límites al control de convencionalidad por los juzgados y tribunales sociales. Notas a la sentencia de 29 de marzo de 2022 y amplio recordatorio de la dictada por el TSJ de Cataluña el 17 de febrero de 2020”, 2 de junio de 2022, Blog *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, accesible en <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2022/06/la-sala-social-del-ts-establece-limites.html>.

7 Ello, en cualquier caso, no supone la derogación o necesaria eliminación de la norma interna -de hecho, ante las dudas y respuestas de reclamaciones colectivas en otros países de nuestro entorno, no se han planteado, de momento, reformas legislativas aunque se haya declarado expresamente por el CEDS la vulneración del art. 24 CSE, v.gr. Francia (Decisión de 23 de marzo de 2022).



TSJ. No existe, por tanto, una doctrina judicial uniforme al respecto.

Y así, por ejemplo, pueden apreciarse diferentes posturas revisando algunas resoluciones de la jurisprudencia menor:

- STSJ Galicia núm. 4819/2022, de 21 de octubre o STSJ Andalucía núm. 2162/2022 de 14 de diciembre 2022, en las que limitan de manera extraordinaria que ello se pueda reconocer por introducir un elemento de incertidumbre importante.
- STSJ de Aragón núm. 974/2022 de 23 de diciembre de 2022, en la que no se admite otra indemnización diferente a la legal.

El camino, por tanto, hacia la casación está abierto, y será el TS el que tendrá que decidir en una nueva oportunidad de valorar la aplicabilidad de la CSE. A estos efectos, puede que sea ya relevante el pronunciamiento del CEDS frente a las reclamaciones colectivas presentadas por UGT y CCOO habiendo sido presentada la primera con fecha 24 de marzo de 2022 y admitida el 14 de septiembre de 2022.

Son, por tanto, tres hitos los que nos esperan:

- Resoluciones judiciales en diverso sentido que pueden desembocar con una casación en unificación de doctrina por el TS;
- Pronunciamiento del CEDS sobre las reclamaciones colectivas presentadas respecto a la normativa española;

Y, a partir de ésta última, si es condenatorio, un más que probable cambio normativo como ya se ha sugerido por el Ministerio de Trabajo<sup>8</sup>.

El futuro de la cuantía indemnizatoria por despido es, en consecuencia, una incógnita a día de hoy. Pero también, a día de hoy, un cuestión repleta de inseguridades para el operador jurídico que no sabe, ni puede saber, a ciencia cierta, cual puede ser la respuesta de órgano judicial en este asunto.

El Derecho del Trabajo sigue deparándonos nuevos escenarios... estaremos atentos hacia dónde nos lleva...

---

8 Vgr. [https://www.ondacero.es/noticias/sociedad/que-despido-reparativo-que-propone-yolanda-diaz\\_2023021863f10d80acd8e600017ff5be.html](https://www.ondacero.es/noticias/sociedad/que-despido-reparativo-que-propone-yolanda-diaz_2023021863f10d80acd8e600017ff5be.html)



# ESTUDIOS DOCTRINALES

REJLSS

**REJLSS**

Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social  
noviembre - abril 2023 - núm 6 ISSN-e: 2660-437X

## UNA POLÍTICA DE EMPLEO ADECUADA PARA LOS CAMBIOS EN LAS RELACIONES LABORALES DEL SIGLO XXI:

### Estudio de la Ley 3/2023 de 28 de febrero, de Empleo\*

AN ADEQUATE EMPLOYMENT POLICY FOR THE CHANGES IN LABOR RELATIONS OF  
THE XXI CENTURY: Study of the Law 3/2023 of 28 February on Employment

**Eduardo Rojo Torrecilla**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

*Universidad Autónoma de Barcelona*

[eduardo.rojo@uab.cat](mailto:eduardo.rojo@uab.cat) ORCID [0000-0002-7840-6532](https://orcid.org/0000-0002-7840-6532)

Recepción de trabajo: 14-01-2023 - Aceptación: 27-02-2023 - Publicado: 22-03-2023

Páginas: 14-45

- 1. INTRODUCCIÓN. ■ 2. UN APUNTE SOBRE EMPLEO EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL Y EUROPEO. ■ 3. EL ORIGEN DEL NUEVO MARCO NORMATIVO. PACTO PSOE-UP. ■ 4. ¿CUÁL ES LA RAZÓN DE SER, LA NECESIDAD, DEL CAMBIO NORMATIVO? ■ 5. LA PRECUELA DE LA NUEVA LEY DE EMPLEO. ■ 6. EXAMEN DEL ANTEPROYECTO DE LEY. 6.1. Análisis de su contenido. ■ 7. LA TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA DEL PROYECTO DE LEY. ■ 8. LA COMPARACIÓN ENTRE EL REAL DECRETO LEGISLATIVO 3/2015 Y LA LEY APROBADA EN 2023. ■ 9. RECAPITULACIÓN FINAL. ■ 10. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS. ■ 11. LEGISLACIÓN.

\* Fecha de finalización: 22 de marzo de 2023.

## RESUMEN

Aprobado por el Consejo de Ministros el 21 de junio de 2022 el Proyecto de Ley de Empleo, y tras su tramitación parlamentaria, se ha convertido en la Ley que deroga la anteriormente vigente de 2015. La finalidad del presente artículo es, después de unas consideraciones de alcance general sobre la política de empleo en el ámbito internacional y europeo, proceder al estudio de la norma desde el inicio de los debates en el Parlamento. Se presta especial atención a aquellos contenidos que nos permiten subrayar las diferencias con la normativa anterior, al mismo tiempo que enfatizar los aspectos positivos de la norma que deberán permitir mejorar el empleo tanto en cantidad como en calidad.

**PALABRAS CLAVE:** empleo, Ley, formación, trabajadores, empresas, Administraciones Públicas.

## ABSTRACT

Approved by the Council of Ministers on June 21, 2022, the Employment Bill, and after its parliamentary processing, has become the Law repealing the one previously in force in 2015. The purpose of this article is, after some general considerations on employment policy at the international and European level, to proceed to the study of the regulation from the beginning of the debates in Parliament. Special attention is paid to those contents that allow us to underline the differences with the previous regulation, while emphasizing the positive aspects of the regulation that should allow us to improve employment both in quantity and quality.

**KEYWORDS:** employment, Law, training, workers, companies, Public Administrations.

## 1. INTRODUCCIÓN

El 16 de febrero se aprobaba definitivamente por el Pleno del Congreso de los Diputados, tras incorporar cuatro enmiendas del Senado, el Proyecto de Ley de Empleo, que había iniciado su andadura parlamentaria el 1 de julio de 2022 con su publicación en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados<sup>1</sup>. El objeto y finalidad de este artículo es dar cuenta de dicha tramitación y de su contenido más relevante<sup>2</sup>.

Me permitirán los lectores y lectoras que haga un spoiler del final de mi exposición: la norma es un avance importante en el desarrollo de un nuevo marco de política de empleo adecuado a la realidad territorial y con una cartera de servicios que, de ajustarse a los términos de la norma, puede y debe ayudar a los demandantes de empleo, así como a las personas en buscar de un mejor empleo, a encontrarlo, y que sea, por utilizar la terminología de la OIT, decente.

En las páginas que siguen trataré de justificar dicha afirmación, con un previo paso por algunos datos del mundo del empleo en el ámbito internacional y europeo, ya que no cabe cuestionar, en especial por lo que respecta al segundo la estrecha interdependencia que debe darse entre las orientaciones generales que cada año elabora la Unión Europea y los marcos normativos estatal y autonómicos..., sin olvidar la cada vez más creciente participación de las Administraciones Locales y que han sido reforzadas por la nueva Ley<sup>3</sup>.

Una norma, en suma, que, como se ha escrito con acierto muy recientemente, “constituye un factor importante para adecuar las políticas de empleo y sus instituciones a la realidad económica y social actual, y las dinámicas que conllevan los retos tecnológicos<sup>4</sup>, ambientales, económicos y sociales”<sup>5</sup>.

- 
- 1 Desde una perspectiva de análisis más general de la política de empleo, vid. López, J.E., “El debate relativo a la reforma de la legislación de empleo en España”, en el que se afirma que el papel de la política de empleo “debería dirigirse no tanto a la creación de más puestos de trabajo que, evidentemente, es un objetivo importantísimo, sino que es más importante, así como más realista, la necesidad de repartir de forma más justa el trabajo escaso entre los trabajadores”. [https://www.cielolaboral.com/wp-content/uploads/2023/01/lopez\\_noticias\\_cielo\\_n1\\_2023.pdf](https://www.cielolaboral.com/wp-content/uploads/2023/01/lopez_noticias_cielo_n1_2023.pdf) (consulta: 2 de febrero)
  - 2 La norma, desde sus lejanos orígenes hasta la aprobación definitiva, ha sido objeto de detallado seguimiento por mi parte en el blog ([www.eduardorojotorrecilla.es](http://www.eduardorojotorrecilla.es)). A los artículos publicados me permito remitir a todas las personas interesadas en llevar a cabo un examen más amplio de todo el itinerario parlamentario y de sus diversas y variadas vicisitudes. Todos los textos y debates pueden consultarse en este enlace [https://www.congreso.es/es/proyectos-de-ley?p\\_p.id=iniciativas&p\\_lifecycle=0&p\\_p.state=normal&p\\_p.mode=view&iniciativas.mode=mostrarDetalle&iniciativas.legislatura=XIV&iniciativas.id=121%2F000112](https://www.congreso.es/es/proyectos-de-ley?p_p.id=iniciativas&p_lifecycle=0&p_p.state=normal&p_p.mode=view&iniciativas.mode=mostrarDetalle&iniciativas.legislatura=XIV&iniciativas.id=121%2F000112) (consulta: 9 de febrero)
  - 3 Una visión más crítica, referida al Proyecto de Ley, y que quizá se modificara parcialmente con el texto definitivamente aprobada, se encuentra en García, M.Á., “Algunos comentarios sobre el Proyecto de Ley de Empleo” <https://fedea.net/algunos-comentarios-sobre-el-proyecto-de-ley-de-empleo/> (consulta: 2 de febrero)
  - 4 Sobre el impacto de la digitalización en las relaciones laborales en general, y en las políticas de empleo en particular, véanse las excelentes aportaciones de la doctrina iuslaboralista en AA.VV “Digitalización, recuperación y reformas laborales” Comunicaciones del XXXII Congreso anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. MTSS, 2022 <https://expinterweb.mites.gob.es/libreriavirtual/detalle/WIYE0262> (consulta: 30 de enero)
  - 5 Castellana, F., “Ley de Empleo: favorecer el salto a la ocupación digna”. Noticias Obreras, núm.1658, febrero 2023. <https://www.noticiasobreras.es/2023/02/ley-de-empleo-favorecer-el-salto-a-la-ocupacion-digna/> (consulta: 8 de febrero)

## 2. UN APUNTE SOBRE EL EMPLEO EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL Y EUROPEO

Detengámonos brevemente en primer lugar en el reciente informe anual que elabora la OIT sobre tendencias de empleo en el mundo<sup>6</sup>. Deseo destacar dos de sus contenidos, en los que hay que prestar especial atención a las diferencias existentes entre los países de ingresos altos, medianos y bajos:

“...El déficit mundial de empleo ascendió a 473 millones de personas en 2022, lo que corresponde a una tasa de incidencia de déficit de empleo del 12,3 por ciento”. La OIT acuña una nueva medida (déficit mundial de empleo), que califica como “la necesidad insatisfecha de empleo en el mundo”, que comprende tanto a las personas desempleadas (205 millones, tasa del 5,8 por ciento de desempleo) y de otras personas que “aun teniendo una necesidad insatisfecha de empleo, no forman parte de la población activa al no cumplir los criterios para inscribirse en la categoría de desempleados” (268 millones) que tiene especial impacto entre las mujeres, cuyo déficit de empleo es del 15,5 % frente al 10,5 % de los hombres, y ello “a pesar de que hombres y mujeres presentan tasas de desempleo similares”, pudiendo relacionarse este dato con la diferencia existente en la tasa mundial de actividad, negativa de casi 25 puntos para las mujeres con respecto a los hombres (47,4 y 72,3 %, respectivamente).

La importancia del trabajo informal sigue siendo muy elevada a escala mundial, ya que si bien se había reducido en el período anterior a la pandemia, el crecimiento posterior del empleo le ha dado un nuevo impulso, calculándose en el Informe que cerca de 2.000 millones de trabajadores tienen un empleo informal en el mundo, con la evidente disminución de cobertura laboral y de protección social que ello significa, que aún se pone más de manifiesto en el dato de que “solo el 47 % de la población mundial está efectivamente cubierta por una prestación social, lo que significa que más de 4.000 millones de personas siguen careciendo de esta forma de protección”<sup>7</sup>.

Respecto a las Orientaciones de política de empleo para 2022<sup>8</sup> aprobadas por Decisión (UE) 2022/2296 del Consejo de 21 de noviembre, cabe recordar que son cuatro, alguna de ella merecedora de especial atención.

6 Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo: Tendencias 2023 [https://www.ilo.org/global/research/global-reports/weso/WCMS\\_865368/lang-es/index.htm](https://www.ilo.org/global/research/global-reports/weso/WCMS_865368/lang-es/index.htm) (consulta: 25 de enero)

7 He realizado un estudio detallado del Informe 2023, así como de los anteriores, en “Las desigualdades se incrementan, y el mundo del trabajo las sufre cada vez más a escala internacional (OIT y Oxfam Intermon dixit, ¿y el Foro Económico Mundial?)” <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2023/01/las-desigualdades-se-incrementan-y-el.html> (consulta: 24 de enero).

8 Decisión (UE) 2022/2296 del Consejo de 21 de noviembre de 2022 relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembro [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L\\_2022.304.01.0067.01.SPA&toc=0J%3AL%3A2022%3A304%3ATOC](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L_2022.304.01.0067.01.SPA&toc=0J%3AL%3A2022%3A304%3ATOC) (consulta: 30 de enero)

En primer lugar, tenemos la de impulsar la demanda de mano de obra. En segundo lugar, la de “Aumentar la oferta de trabajo y mejorar el acceso al empleo, la adquisición de capacidades a lo largo de la vida y las competencias”, de la que reproduzco algunos breves fragmentos:

“Los Estados miembros deben proporcionar a los desempleados y a las personas inactivas una asistencia eficaz, oportuna, coordinada e individualizada basada en el apoyo en la búsqueda de empleo, la formación, el reciclaje y el acceso a servicios de capacitación, prestando especial atención a los grupos y personas vulnerables afectados en particular por las transiciones ecológica y digital o por perturbaciones del mercado laboral. ...Además, los Estados miembros deben redoblar sus esfuerzos, especialmente a la hora de resaltar la manera en que las transiciones ecológica y digital ofrecen una perspectiva renovada para el futuro, así como oportunidades para contrarrestar las repercusiones negativas de la pandemia sobre la juventud.”

“...En vista de la elevada escasez de mano de obra en determinadas profesiones y sectores, los Estados miembros deben contribuir al fomento de la oferta de mano de obra, en particular promoviendo salarios adecuados y condiciones de trabajo dignas, así como políticas activas del mercado de trabajo eficaces, respetando el papel de los interlocutores sociales”.

Si pasamos a la orientación núm. 7, mejorar el buen funcionamiento de los mercados laborales y la eficacia del diálogo social, cabe subrayar de la misma lo siguiente:

“Con objeto de sacar el máximo partido de una mano de obra dinámica y productiva, así como de las nuevas formas de trabajo y los nuevos modelos empresariales, los Estados miembros deben trabajar junto con los interlocutores sociales por unas condiciones de trabajo justas, transparentes y predecibles, conciliando derechos y obligaciones. Deben reducir y prevenir la segmentación de los mercados laborales, luchar contra el trabajo no declarado y los falsos autónomos y fomentar la transición hacia formas de empleo por tiempo indefinido. Las normas sobre la protección del empleo, la legislación laboral y las instituciones deben todas ellas establecer un entorno que favorezca la contratación y la flexibilidad necesaria para que los empleadores se adapten rápidamente a los cambios en el contexto económico, a la vez que se protegen los derechos laborales y se garantiza la protección social, un nivel adecuado de seguridad y unos entornos laborales bien adaptados, seguros y saludables para todos los trabajadores.”

Por último, la núm. 8, promover la igualdad de oportunidades para todos, fomentar la integración social y combatir la pobreza, llama a los Estados miembros a “favorecer unos mercados laborales inclusivos y abiertos a todos, instaurando medidas eficaces para luchar contra todas las formas de discriminación, y promover la igualdad de oportunidades para todos, y en particular para los grupos infrarrepresentados en el mercado laboral, prestando la debida atención a la dimensión regional y territorial”<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> Me permito remitir, para completar este punto a mi artículo “UE. Renta mínima y política de empleo Notas a propósito de la Recomendación del Consejo de 30 de enero de 2023” <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2023/02/ue-renta-minima-y-politica-de-empleo.html> (consulta: 8 de febrero).

## 3. EL ORIGEN DEL NUEVO MARCO NORMATIVO

Se encuentra en el acuerdo PSOE-UP de 30 de diciembre de 2019. “Coalición progresista. Un nuevo acuerdo para España”. Vayamos al apartado 1.7, que lleva por título “Políticas activas de empleo y sistema de desempleo”, en donde se afirma que “Mejoraremos en coordinación con las comunidades autónomas la efectividad y la eficiencia de las políticas activas de empleo y simplificaremos el sistema de protección por desempleo”. “Impulsaremos las políticas activas de empleo y simplificaremos el sistema de protección por desempleo. Garantizaremos una atención individualizada, profesional e integral a los desempleados y desempleadas, dirigida a su rápida reincorporación al mercado de trabajo, prestando especial atención a los jóvenes, parados de larga duración y a los supuestos de exclusión social.

Y más adelante, se expone que “las políticas activas de empleo garantizarán que las ofertas de colocación sean adecuadas a las aptitudes y los perfiles formativos de las personas desempleadas. Mejoraremos el sistema de protección por desempleo mediante una reordenación y simplificación que refuerce la protección de las personas desempleadas que lo necesiten”.

## 4. ¿CUÁL ES LA RAZÓN DE SER, LA NECESIDAD, DEL CAMBIO NORMATIVO?

A mi parecer, radica en que teníamos una ley vigente desde 2003 (el 56/2003 de 16 de diciembre<sup>10</sup>), que derogó la Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo, refundida por Real Decreto Legislativo 3/2015 de 23 de octubre, con algunas modificaciones posteriores, y que debía adaptarse obligatoriamente a los cambios económicos, sociales y tecnológicos que impactan a marchas forzadas en las relaciones de trabajo<sup>11</sup>.

Y sin embargo, buena parte de aquello que se decía en la exposición de motivos de la Ley de 2003 es perfectamente aplicable, obviamente con la nueva perspectiva del tiempo transcurrido hasta 2022, a la nueva norma:

“A lo largo de los últimos años, el entorno social, económico, organizativo y tecnológico ha experimentado cambios fundamentales.

<sup>10</sup> Un estudio amplio y detallado de esta norma se encuentra la obra colectiva dirigida por Valdés, F. y Sobrino, G., “Comentarios a la Ley de Empleo”, Ed. La Ley, 2012. En la presentación, el profesor Valdés califica la obra de “exhaustiva, profunda y de madurez, que atiende a todos y cada uno de los ámbitos en los que ha repercutido la regulación de las políticas de empleo”.

<sup>11</sup> Publicada en 2016, con referencia especial al RDL 3/2015 pero también con una visión mucho más amplia de las políticas de empleo, y plenamente válida también para el momento presente, es de obligada consulta la obra dirigida y coordinada por Monereo, J.L., Fernández, J.A. y López, B.M., “Las políticas activas de empleo: configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional”, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2016.

...Diversos factores adicionales han afectado al mercado de trabajo en estos años: la evolución demográfica, primero con la presión ejercida por los jóvenes en el acceso a su primer empleo y, posteriormente, con el envejecimiento de la población activa; el fenómeno inmigratorio, con la consiguiente llegada de importantes recursos humanos procedentes del exterior a nuestro mercado de trabajo; de otra parte, el desarrollo fulgurante de las tecnologías de la información y de la comunicación; la nueva orientación de la política social (de la asistencia pasiva a los incentivos para la reinserción laboral), o la apertura a los agentes privados de los servicios de información, orientación e intermediación, constituyen un conjunto formidable de retos a los que se enfrenta una política de empleo tendente al pleno empleo.

Pero no sólo se ha transformado y se ha vuelto más complejo el mercado de trabajo en el que actúan los servicios públicos de empleo, también ha cambiado el entorno político e institucional. El método tradicional de gestión estatal del mercado de trabajo ha dado paso a planteamientos más descentralizados con transferencias de funciones y servicios para la ejecución de las políticas activas de empleo a las comunidades autónomas. De otra parte, la financiación de estas políticas tiene un componente importante de fondos procedentes de la Unión Europea, a través del Servicio Público de Empleo Estatal, aun cuando la gestión de las mismas se lleva a cabo por las Administraciones autonómicas...".

Reitero. Gran parte de las reflexiones realizadas con ocasión de la reforma, o mejor dicho refundición, de la Ley de Empleo de 2003 pueden aplicarse al momento presente, teniendo obviamente en consideración los cambios económicos, sociales y laborales operados desde entonces.

Conviene recordar brevemente el entorno económico y social en el que se insertaba dicha norma. La ley se dicta en un momento en que el marco político, económico y social es sensiblemente diferente del que existía cuando se aprobó la Ley Básica de Empleo de 1980. Ya se ha desarrollado el marco político constitucional y estatutario, con la transferencia de la gestión de las políticas activas de empleo desde el Estado a las Comunidades Autónomas. Es decir, ha cambiado el mapa territorial del empleo. Por otra parte, hay una creciente implicación de las Administraciones Locales en la aplicación, ejecución y desarrollo de políticas de empleo, aunque no estuvieran dotadas del marco legal propio para llevar a cabo dicha actividad. Es decir, las Administraciones Locales cada vez tienen más que hacer y decir sobre las políticas de empleo. También la incorporación de España a la UE a partir de 1986 y la adaptación gradual y paulatina de nuestro marco jurídico, con la obligación, a partir de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, en 1997, de adecuar nuestra política de empleo a las orientaciones generales de la política económica comunitaria, a la Estrategia Europea de Empleo y a las directrices anuales para el empleo, implica que la política de empleo española no puede concebirse sin el seguimiento de las líneas básicas y de las directrices comunitarias. Por fin, la apertura de las tareas anteriormente reservadas de forma exclusiva al Instituto Nacional de Empleo (INEM) a las entidades colaboradoras, públicas o privadas, tales como las de información, orientación e intermediación, ha implicado la desaparición del monopolio público de la colocación y que cada vez haya más sujetos que intermedian en el mercado de trabajo"

Y refiriéndome a las tareas pendientes, a finales de la primera década del presente siglo XXI, me manifestaba en estos términos<sup>12</sup>:

“A mi parecer, los objetivos de las nuevas políticas de empleo que se han de poner en marcha con la Ley de Empleo son básicamente dos: en primer lugar, dar debida respuesta a los nuevos retos de los mercados de trabajo, combinando adecuadamente todos los instrumentos jurídicos disponibles desde el ámbito comunitario hasta el local, con una aplicación estricta del principio de subsidiariedad y con una coordinación adecuada y eficaz de todos los servicios públicos de empleo (comunitario, Servicio Público de Empleo estatal, el de cada una de las autonomías y los de aquellos ámbitos locales que los hayan puesto en marcha). Se trata de conseguir que los instrumentos jurídicos permitan hacer la política de empleo más eficaz y más cercana a la ciudadanía. En segundo término, la búsqueda del pleno empleo estable y de calidad, mediante la adecuada combinación de políticas activas de acceso al mercado de trabajo y de políticas de protección económica para las personas que se encuentran en situación de desempleo. Atención especial, tanto en políticas “de cantidad” como “de calidad”, a los colectivos con más dificultades, como son las mujeres, los desempleados de larga duración, los jóvenes, los discapacitados, y buena parte de los inmigrantes incorporados, de forma regular o irregular, al mercado de trabajo español. Se trata, en definitiva, de prestar atención a un mercado de trabajo cada vez más diversificado y con instrumentos adecuados que permitan hacer frente a esa diversidad, y para ello los nuevos Estatutos de Autonomía han de otorgar, y así lo hacen, el apoyo necesario para llevar a cabo esas nuevas políticas.

...“Es necesaria una reforma y modernización de los Servicios Públicos de Empleo, con incremento de la dotación de sus recursos humanos, la revisión de las políticas activas de empleo, y la revisión de cuáles son y puede ser los agentes (públicos y privados) responsables de la intermediación laboral”.

## 5. LA PRECUOLA DE LA NUEVA LEY DE EMPLEO

Nos encontramos en primer lugar con el Componente 23 del Plan de recuperación, transformación y resiliencia del Reino de España, aprobado por el Consejo de Ministros el 16 de junio de 2021<sup>13</sup>, que

---

12 Servicios públicos de empleo, políticas activas de empleo e intermediación laboral <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2009/12/servicios-publicos-de-empleo-politicas.html> (consulta: 15 de enero).

13 <https://planderecuperacion.gob.es/> Un análisis más detallado de su elaboración se encuentra en mi artículo “Planes, programas y Estrategias. Notas a los contenidos laborales, de empleo y protección social, del Plan de recuperación, transformación, recuperación y resiliencia, del Programa Nacional de Reformas 2021 y de la actualización del Plan de estabilidad económica 2021-2024” <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/05/planes-programas-y-estrategias-notas.html> (consulta: 30 de enero).

dedica el apartado C23 R5 a la “modernización de las políticas de empleo”, partiendo de la premisa de que las políticas activas de empleo “son una pieza clave en la lucha contra el desempleo y constituyen también un elemento fundamental en la configuración de un mercado de trabajo sostenible que en la actualidad se enfrenta al reto de envejecimiento demográfico”, y que en su diseño “resulta clave que las personas trabajadoras estén integradas en un sistema de formación en ciclo vital y con empresas implicadas en la empleabilidad”.

Entre las medidas que se consideran necesarias para facilitar el retorno al empleo de las personas desempleadas, creo importante destacar tres de ellas:

“La coordinación territorial y cercanía: Resulta fundamental que las nuevas herramientas de perfilado, itinerarios personalizados y seguimiento de los servicios públicos de empleo se elaboren en colaboración con las CC. AA y de modo coherente y articulado. Esta coordinación también implica prever la interoperabilidad del sistema nacional con los sistemas autonómicos y con otros países europeos ya en funcionamiento, en coordinación con la Comisión Europea.

La mejora de la coordinación entre los servicios de empleo y los servicios sociales, especialmente en el ámbito de los itinerarios de inclusión socio-laboral.

Una mejor colaboración con el sector privado, y una mayor supervisión y control de este último en su condición de colaborador del sistema público”.

Y en la parte más jurídica del Plan se afirmaba la necesidad de reformar e impulsar las Políticas Activas de Empleo, siendo del todo punto necesario la modificación del Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo “para potenciar los instrumentos de actuación y de coordinación del Sistema Nacional de Empleo, centrándose en la revisión de la Estrategia Española de Activación para el Empleo y sus Ejes y de los Planes Anuales de Política de Empleo; la reforma de las Políticas Activas de Empleo; la revisión de la Gobernanza del Sistema, con el reforzamiento de la dimensión local de la política de empleo; así como la adecuación a los requerimientos de implementación de las distintas actuaciones previstas en el Plan Nacional de Políticas Activas de Empleo”<sup>14</sup>.

A continuación, debemos referenciar la apertura de tramitación de “audiencia pública sobre la elaboración de una Ley de Empleo”, que duró del 18 de agosto al 2 de septiembre de 2021, en la que se justificaba la elaboración de una nueva norma, por las siguientes razones:

“La empleabilidad de las personas tiene que ser el contenido y el fin fundamental de los servicios de empleo. Incluso más que en términos de intermediación, el mayor o menor éxito de

---

14 Con una visión y un planteamiento muy cercanos al marco jurídico que se estaba empezando a gestar, véase el muy amplio y detallado estudio de García, J.C., “Políticas activas de empleo”, Ed. Tirant lo Blanch, 2022. Subraya el autor que “las políticas activas de empleo, a pesar de su componente coyuntural, incuestionable, merecen también abordarse doctrinalmente desde una vocación más general, trascendiendo sobre cualesquiera vaivenes inherentes a cada coyuntura concreta”.

un sistema de empleo debe medirse en función de su capacidad para mejorar la situación ante el mercado de trabajo de la población activa, ya se trate de encontrar un empleo adecuado a sus capacidades académicas y profesionales, ya de mejorar y desarrollarse con plenitud en las carreras profesionales.

Los servicios de empleo deben ser el instrumento de reconocimiento de servicios garantizados a la ciudadanía, del mismo modo que sucede con las instituciones educativas o sanitarias. Los asuntos de gobernanza, de distribución competencial, de financiación, de dotación de medios, de estructura de los servicios, del papel que está llamada a desempeñar la iniciativa privada, de la organización de las oficinas de empleo y, en general, de vertebración del sistema, han de diseñarse desde el punto de vista de facilitar el ejercicio efectivo del derecho a la ocupación, a la empleabilidad y al desarrollo profesional de las personas”.

Los objetivos de la norma eran en aquel momento los siguientes: “La nueva Ley de Empleo pretende establecer el marco de ordenación de las políticas públicas de empleo y regula el conjunto de estructuras, recursos, servicios y programas que integran el Sistema Estatal de Empleo, en el que es clave la colaboración entre las distintas Administraciones con competencias, así como la incorporación de la dimensión local de las políticas activas de empleo.

Tiene por objeto promover y desarrollar la planificación, coordinación y ejecución de la política de empleo y garantizar el ejercicio de los servicios garantizados y la oferta de una adecuada cartera de servicios a las personas o entidades demandantes de los servicios públicos de empleo, a fin de mejorar la empleabilidad e impulsar la cohesión social y territorial.

Además, la norma pretende establecer el marco presupuestario adecuado para el desarrollo armónico y sostenido de las Políticas Activas de Empleo”.

A mi parecer, y visto ya en perspectiva histórica con la aprobación de la nueva Ley, en términos generales la respuesta es positiva, aun cuando hubiera podido avanzarse más en la planificación económica plurianual de las políticas activas de empleo.

## 6. EXAMEN DEL ANTEPROYECTO DE LEY

En el sumario de las decisiones adoptadas en la reunión del Consejo de Ministros celebrada el viernes 3 de diciembre, aparecen en primer lugar tres medidas de indudable importancia aprobadas a instancias del Ministerio de Trabajo y Economía Social. “Compromiso del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. (C23, R5). ANTEPROYECTO DE LEY de Empleo, a los efectos previstos en el artículo 26.4 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. Compromiso del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. (C23, R5). REAL DECRETO por el que se aprueba la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024. ACUERDO por el que se aprueba el Plan Anual de Política de Empleo para 2021, según lo establecido en el artículo 11.2 del texto refundido de la Ley de Empleo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre”.

Dichas menciones son acompañadas más adelante de una amplia explicación de sus contenidos más destacados, con especial atención al del primer texto, previa manifestación de que las normas “avanzan en la transformación de las políticas de Empleo para adaptarlas a las necesidades de las personas trabajadoras, incidiendo en la atención individualizada y en la evaluación de resultados. Para alcanzar este objetivo, el Servicio Público de Empleo Estatal afrontará una profunda transformación. Además de atender las necesidades de los y las demandantes de empleo, con especial atención a los colectivos considerados prioritarios, los servicios de empleo público ejercerán un papel clave en el acompañamiento en los procesos de recualificación de las personas trabajadoras durante toda su vida laboral”.

¿Tenía razón de ser la nueva norma? Sí, a mi parecer, y así lo explicaba con ocasión de la aprobación del Anteproyecto. El mundo del trabajo es extraordinariamente dinámico y mucho más desde que la introducción de la tecnología ha posibilitado cambios muy importantes en las relaciones entre el tiempo, el lugar y la prestación de trabajo. Hay que cambiar el presente sí, y desde la certeza, datos estadísticos la avalan, de que sigue habiendo un elevado porcentaje de población que cada día, a través de las múltiples formas jurídicas existentes, por medio de vías regulares, irregulares o informales vende su fuerza de trabajo, presta sus servicios para otros sujetos, empleadores, ya sean personas físicas o jurídicas, que retribuyen aquella prestación.

Es particularmente necesario, al hablar de políticas de empleo y formación, abordar el cambio tecnológico y su impacto en el mundo del trabajo, ya que hoy estamos en la cuarta revolución industrial, y la quinta se encuentra a nuestras puertas, y de la necesidad de responder a los retos que plantea. La primera revolución industrial, la del siglo XVIII, fue la del nacimiento de la producción fabril y la aparición del movimiento obrero y las organizaciones sindicales. La segunda, trajo la aparición de las cadenas de montaje, el surgimiento del taylorismo y del fordismo, donde la persona trabajadora era un mero engranaje más de la máquina, y las luchas por las mejoras condiciones de trabajo. La tercera, es la de la tecnología electrónica y digital. La cuarta, con un indudable impacto en el empleo, es la llamada industria 4.0, la que ha sido conceptualizada y definida en los estudios realizados al efecto como la que utiliza la inteligencia artificial e información en tiempo real para aumentar la productividad y reducir los costos.

El estudio de las políticas de empleo debe hacerse, ciertamente, desde el atento examen y estudio del marco normativo estatal y autonómico existente, que ha de estar alienado con los objetivos y finalidades con los marcados por la Unión Europea en el ámbito de las políticas de empleo y que se plasman en las Recomendaciones dirigidas anualmente a los Estados miembros.

Ahora bien, cualquier análisis de las políticas de empleo debe realizarse teniendo en consideración la situación económica y social, dado que sus objetivos de posibilitar el acceso al empleo y de garantizar una protección social adecuada en caso de no disponer del mismo deben tratar de conseguirse de una forma u otra según cuál sea aquella situación. Se requiere el esfuerzo reforzado de todos los poderes públicos y de las organizaciones representativas de trabajadores y empresarios para adoptar medidas que faciliten la disminución del número de personas desempleadas y también la creación de empleo con garantías de estabilidad, avanzando la reforma laboral operada

por el Real Decreto-Ley 38/2021 de 28 de diciembre en este objetivo. Es necesario poner en marcha políticas activas de empleo que guarden estrecha relación con las mal llamadas a mi parecer políticas pasivas, y que además refuercen la necesidad de apostar por un nuevo modelo productivo que permita incrementar el volumen de ocupación estable y de calidad, y que al mismo tiempo que se adapta a los nuevos requerimientos de la sociedad del conocimiento no olvida que muchas personas necesitan mejorar sus niveles de cualificación profesional para acceder o permanecer en el mercado de trabajo.

Las políticas de empleo deben apostar por la búsqueda del pleno empleo estable y de calidad, mediante la adecuada combinación de políticas activas de acceso al mercado de trabajo y de políticas de protección económica para las personas que se encuentran en situación de desempleo. Hay que prestar una atención especial, tanto en políticas “de cantidad” como “de calidad”, a los colectivos con más dificultades, como son las mujeres, los desempleados de larga duración, los jóvenes, los discapacitados, y buena parte de los inmigrantes incorporados, de forma regular o irregular, al mercado de trabajo español. Se trata de dirigirse a un mercado de trabajo cada vez más diversificado y con instrumentos adecuados que permitan hacer frente a esa diversidad. Así pues, los datos cuantitativos no deben hacer olvidar la importancia de acercarnos a la calidad del empleo para entender la realidad del mercado de trabajo en España.

### 6.1. Análisis de su contenido

El Anteproyecto (66 páginas), consta, tras la exposición de motivos, de cinco títulos, ocho disposiciones adicionales, dos disposiciones transitorias, una disposición derogatoria, y siete disposiciones finales. En aquella, se explica que con la norma “se persigue implantar un concepto nuevo de política de empleo y dotar al sistema de las herramientas de activación adecuadas para mejorar la empleabilidad de las personas demandantes de servicios de empleo”.

Paso a continuación a explicar sus contenidos más destacados, alguno de los cuales, en especial el muy amplio espacio competencial atribuido a las autoridades locales, se han visto modificados durante el debate del Anteproyecto con los servicios públicos de empleo autonómicos, y también durante la tramitación del proyecto en sede parlamentaria. En cualquier caso, con esta explicación ya avanzo gran parte de las líneas maestras del nuevo marco normativo, que completaré en un epígrafe posterior.

El título I está dedicado a la política de empleo, con tres capítulos dedicados a las disposiciones generales, la gobernanza y los instrumentos de planificación y coordinación de la política de empleo, respectivamente.

El título II regula la nueva Agencia Española de Empleo y los servicios de empleo, dedicado el primer capítulo a la Administración General del Estado, el segundo a los servicios públicos de empleo de las Comunidades Autónomas, el tercero (y muy relevante por su novedad) a los de las Entidades Locales, el cuarto a las entidades privadas de empleo, y el quinto al personal del sistema estatal de empleo.

El título III versa sobre los servicios garantizados y los compromisos de las personas demandantes de los servicios de empleo, con un capítulo primero con el mismo título, y el segundo dedicado a la cartera de servicios.

El título IV aborda las políticas activas de empleo, con un primer capítulo dedicado a cuestiones generales, el segundo a la empleabilidad (calificada en la exposición de motivos de “elemento nuclear de la política de empleo”), el tercero a la intermediación, el cuarto a la coordinación de las políticas activas y las de protección frente al desempleo, y el quinto a los colectivos de atención prioritaria (afortunadamente no se utilizan las “clásicas” expresiones de colectivos vulnerables o en riesgo de exclusión social).

Por último, y desde luego no es el menos importante, el título V está dedicado a la financiación.

Una primera cuestión relevante del Anteproyecto es su machacona insistencia, desde el art. 1, en evitar que existan sesgos discriminatorios por razón de sexo en las políticas de empleo, con menciones a dicha prohibición en numerosos artículos, al objeto de lograr un mercado de trabajo inclusivo por razón de sexo, y ello obviamente sin dejar de lado que debe desaparecer cualquier otro tipo de discriminación. En estrecha relación con lo anteriormente expuesto, se comprobará el especial interés del legislador en prestar atención al pleno ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, a fin y efecto de que en ningún caso puedan repercutir en los derechos de las personas demandantes de empleo.

Una segunda, no menos relevante es la adopción de medidas que permitan de forma real y efectiva garantizar el ejercicio por la ciudadanía de los servicios que se regulan en la norma, con una adecuada cartera de servicios tanto a quienes demandan empleo como a quienes lo ofertan.

Se hace referencia en muchas ocasiones, muy correctamente a mi parecer, a la alineación de sus objetivos y finalidades con los marcados por la Unión Europea en el ámbito de las políticas de empleo y que se plasman en las Recomendaciones dirigidas a los Estados miembros.

El anteproyecto presta especial interés a la atención especializada de colectivos prioritarios para las políticas de empleo y la eliminación de la discriminación por estereotipos. Sitúa la frontera de la edad juvenil en los 25 años, si bien permite ampliarla excepcionalmente hasta los 30 cuando exista una situación y una evolución del mercado de trabajo que así lo requiera, y sube la “edad madura” hasta situarla por encima de los 50 años.

Considero de especial importancia uno de los principios rectores de la política de empleo enunciados en el art. 5, el de “colaboración institucional y coordinación entre la Agencia Española de Empleo, los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos y las demás Administraciones Públicas con competencias en la materia, en el marco de la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo y la Estrategia coordinada para el empleo de la Unión Europea, promoviendo la cohesión y el equilibrio territorial y garantizando la igualdad de acceso a las políticas activas de empleo a cualquier persona en todo el Estado. para detectar tendencias en los entornos productivos locales”.

Hay que ponerlo en relación con un artículo de relevante importancia a mi parecer, cuál es el 7, dedicado a la dimensión autonómica y local de la política de empleo, y que otorga un destacado

papel a las corporaciones locales en dicha política, siempre de acuerdo a los marcos competenciales existentes y que por ello requiere de que los servicios públicos de empleo de las CC. AA establezcan los mecanismos de colaboración oportunos con aquellas.

La posible titularidad local de alguna o algunas políticas de empleo queda expresamente recogida en el art. 8 al regular el sistema estatal de empleo, integrado por “la Agencia Española de Empleo, por los servicios públicos de empleo de las comunidades autónomas, y las corporaciones locales, así como por las entidades, públicas o privadas, que participen en la implementación de políticas de empleo, en coordinación o colaboración con los servicios públicos”. Competencias de las Corporaciones Locales que se vuelven a poner de manifiesto en el art. 10 al regular la estrategia e instrumentos de planificación y coordinación de la política de empleo, debiendo prestar la EEAAE especial atención al ámbito local en el proceso de detección de las necesidades empresariales, y llevando a cabo actuaciones que permitan “la coordinación y relación entre los distintos agentes del Sistema Estatal de Empleo para la toma de decisiones y la atención de las personas y entidades usuarias a través de puntos de atención unificados e integrados, involucrando de forma especial y proactiva en su territorio a los agentes locales, a través de las oficinas de empleo y estableciendo programas y servicios que respondan a las necesidades de colectivos prioritarios para las políticas de empleo”.

Es justamente, como ya he indicado con anterioridad, donde el Proyecto ha reducido el ámbito de participación de las Administraciones Locales, aún cuando sigue siendo ciertamente relevante y una de las estrellas, a mi parecer, de la nueva norma.

Una de las novedades que se ha destacado por el MITEs es la posibilidad de aprobar por la Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales “acuerdos y recomendaciones específicas para el fomento del empleo digno”, que deberán tenerse en cuenta por las administraciones autonómicas y en su caso locales en la elaboración y formulación de sus políticas de empleo.

No menos importante considero la creación del sistema público integrado de información que deberá reunir “todos los datos relativos al empleo y la empleabilidad de las personas y empresas usuarias de los servicios públicos de empleo”. Ciertamente se ha destacado la relevancia de que el servicio de intermediación y colocación comprenda entre sus actividades (art. 37.2.3º) “la información acerca de puestos vacantes disponibles —habilidades concretas requeridas y condiciones de trabajo ofertadas— a petición de personas demandantes de empleo interesadas o, de oficio, a aquellas cuyo perfil profesional pueda resultar adecuado”, siendo obligado para las empresas comunicar todas las vacantes existentes, si bien se remite al desarrollo reglamentario la concreción de cómo deba llevarse a cabo.

No se olvida el texto de la importancia del uso de la tecnología para una mayor eficacia de las políticas de empleo, previéndose la toma de decisiones fundamentadas en el análisis de datos y las evidencias estadísticas, remitiendo al desarrollo reglamentario “el conjunto de instrucciones que componen el algoritmo” de conformidad con los criterios fijados en el art. 20.

La reconversión jurídica de los servicios públicos de empleo pasa por su transformación en una agencia española de empleo como entidad de derecho público al amparo de lo dispuesto en la Ley 40/2015 de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, concretamente en su cap. III, sección IIV,

a la que le corresponderá “la ordenación, desarrollo y seguimiento de los programas y medidas de las políticas activas de empleo y de protección por desempleo”, quedando adscrita al MITES a través de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social. Por ello, la disposición transitoria primera regula la transformación del Servicio Público de Empleo Estatal (S)EPE en la Agencia Española de Empleo, y la segunda al personal del sistema estatal de empleo.

Entre sus competencias se incluye la gestión y control de las prestaciones por desempleo. Si bien el proyecto normativo avanza hacia una adecuada coordinación de las políticas activas (gestión por las autonomías y también por las corporaciones locales) y de protección contra el desempleo (gestión estatal), aún no se da el que sería un paso adelante muy importante para la mejor prestación de servicios a la ciudadanía, cuál sería el de la oficina integrada de empleo, quedando de momento en la necesidad de que las distintas Administraciones competentes hagan en la práctica ese esfuerzo de coordinación para lograr tal objetivo. En esa prudente línea avanza el anteproyecto cuando dispone en el art. 22 h), segundo párrafo, que “A los efectos de garantizar la coordinación entre políticas activas de empleo y prestaciones y subsidios por desempleo, de nivel contributivo o asistencial, se desarrollarán sistemas de coordinación y cooperación con los servicios públicos de empleo de las comunidades autónomas y las administraciones locales”.

Tras abrir la puerta a las autonomías para desarrollar la cartera complementaria de servicios de empleo, al regular muy genéricamente sus servicios públicos de empleo y dejar la detallada concreción a las normas de la Comunidad, con la muy importante precisión, que se repite en posteriores artículos, de que el personal de que disponga deberá garantizar la prestación eficaz de los servicios, siempre “dentro de los términos permitidos por las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado”, encontramos un importante precepto, como es el art. 26, que se refiere a los servicios públicos de empleo de las entidades locales, disponiendo que aquellas que reciban fondos para llevar a cabo políticas de empleo, deberán disponer del personal necesario para llevar a cabo la prestación eficiente de los servicios, con la misma limitación presupuestaria señalada con anterioridad. Nuevamente aquí el Proyecto ha suprimido esta mención.

Ya he indicado con anterioridad, y en el art. 25 se reitera, que las entidades locales pueden participar “en el diseño, planificación y coordinación de la política de empleo”, y ello enlaza necesariamente con la posibilidad de disponer de partidas presupuestarias para tal menester, a las que se refiere expresamente el art. 66, que regula el régimen presupuestario de fondos de empleo de ámbito nacional, y que abre la posibilidad (es decir, no hay una obligación expresa, pero creo que el mandato es muy claro al respecto) de tal disponibilidad económica, al estipular, en su núm. 2, que “... para hacer efectiva la dimensión local de la política de empleo regulada en el artículo 7, la primera Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales que se celebre en cada ejercicio, a propuesta del órgano de la Administración General del Estado con competencias en la materia, podrá establecer que una parte del importe a distribuir entre las comunidades autónomas se deba asignar a las Corporaciones Locales que cumplan los requisitos que se acuerden”. Más referencias expresas a las Corporaciones Locales se incluyen en el capítulo dedicado al personal del sistema estatal de empleo, que serán conformado tanto por el de la AEE y el de las CC. AA como también por el que esté al servicio de las entidades locales de empleo, y también al regular la cartera común de los servicios de

empleo, previendo la posibilidad de que sean, no solo las autonomías sino también las entidades locales las que puedan ofrecer servicios complementarios. Igualmente, las políticas de asesoramiento para el autoempleo y emprendimiento viable deberán prestar especial atención a “la dinamización del desarrollo económico local”, y las políticas activas de empleo deberán con carácter general prestar especial atención a los requerimientos de los mercados locales de trabajo.

En este punto, cabe decir que el Anteproyecto demuestra mayor sensibilidad autonómica que las normas vigentes, ya que la igualdad de trato y de acceso al empleo en todo el territorio nacional sin limitaciones, no obsta a que pueda solicitarse el conocimiento de la lengua autonómica cooficial con el castellano cuando los requisitos “puedan razonable y justificadamente ser impuestos por el contenido de las acciones de empleabilidad, intermediación o políticas de fomento del empleo que se desarrollen”.

Apuesta fuerte el Anteproyecto respecto a las obligaciones de la AEE y de los servicios públicos autonómicos de empleo de garantizar los servicios listados en el art. 32, ya que, por poner dos ejemplos concretos, la elaboración del perfil individualizado de la persona demandante de los mismos deberá estar lista “en el plazo más breve posible desde la solicitud del servicio de orientación profesional”, y la disponibilidad de su itinerario o plan de actuación individualizado “en el plazo máximo de un mes a contar desde la elaboración de su perfil de usuario”. Asimismo, deberá recibir como mínimo una oferta de empleo adecuada en el plazo de un año, y si no se ha recibido al cabo de seis meses la autoridad laboral competente deberá presentar “una justificación expresa y por escrito de los motivos”.

El título IV, como ya he indicado, está dedicado a las políticas activas de empleo. Cabe destacar que se incorpora a una norma con rango legal buena parte del texto vigente del Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación.

Especial interés tiene a mi parecer la concreción de cuáles son los colectivos que deben merecer atención prioritaria en las políticas de empleo, cuya plasmación en la norma estatal no impide que las autonomías identifiquen otros que sean propios de su ámbito territorial, siendo así además que aquella no es cerrada, sino que deja la puerta abierta a su ampliación si se dieran las circunstancias que lo justificaran.

Por una parte, nos encontramos con personas de un determinado grupo de edad y con déficits formativos, como son las y los jóvenes con baja cualificación, y por otro simplemente por razón de la edad, el de las personas maduras (mayores de 50 años). El colectivo femenino está también más representado, siempre y cuando se trate mujeres con baja cualificación, y de víctimas de violencia de género.

No hay distinción por razón de edad y de sexo en otros colectivos como son las “personas en desempleo de larga duración, personas con discapacidad, personas con capacidad intelectual límite, personas con trastornos del espectro autista, personas sexual o afectivamente diversas personas migrantes, personas beneficiarias de protección internacional y solicitantes de protección internacional en los términos establecidos en la normativa específica aplicable, personas gitanas, o pertenecientes a otras minorías étnicas... (y) personas afectadas por drogodependencia y otras adicciones.

Por fin, hay una mención expresa, de no poca importancia por la gravedad de la crisis que afecta a importantes empresas del sector industrial y del de servicios, a las personas trabajadoras provenientes de sectores en reestructuración.

Con respecto al avance de las políticas de igualdad en el mercado de trabajo que tengan en consideración la perspectiva de género, la futura norma prevé la obligatoriedad (“deberán”) de fijación de objetivos cuantitativos sectoriales de disminución de la brecha de empleo “en aquellos sectores en los que exista una diferencia entre el porcentaje de empleo masculino y femenino, en perjuicio de este último, superior a la media total, computada anualmente”, mientras que las medidas de incentivos dirigidas a la población masculina para incentivar su participación en sectores claramente feminizados solo se contempla como una posibilidad (“podrán”). Más interesante es la regla recogida en el art. 62.2, al disponer, en relación con los sectores anteriormente referenciados, que “no podrá beneficiarse de ninguna medida de incentivo al empleo, regulada por la normativa laboral, toda aquella empresa perteneciente a dichos ámbitos que en el último ejercicio no haya incrementado el porcentaje de empleo femenino sobre el total”.

También se contempla la posibilidad de establecer medidas de acción positiva para las y los jóvenes mientras su tasa de desempleo no se equipare a la de la tasa de desempleo total, estipulándose al efecto en la disposición adicional sexta que “se entenderá que no constituye discriminación por motivos de edad en el ámbito del empleo y la ocupación la configuración de condiciones de trabajo y empleo específicas, si están justificadas, objetiva y razonablemente, por la concurrencia de una finalidad legítima y resultan adecuadas y necesarias para favorecer el acceso y la consolidación del empleo de las personas jóvenes, sin que, en ningún caso, puedan comportar discriminación por razón de sexo”.

Como ya he indicado, se produjo la devaluación de algunos contenidos de la futura Ley en el tránsito de Anteproyecto a Proyecto de Ley. Afirmaba en septiembre del pasado año<sup>15</sup> que “...ya estamos en condiciones de comparar aquellos que se han producido desde la aprobación del Anteproyecto hasta la conversión en Proyecto de Ley, que ciertamente no son de poca importancia, señaladamente a mi entender el decaimiento de la importancia que se otorgaba en el primero a las Corporaciones Locales como sujetos directamente implicados en las políticas activas de empleo, así como también la importancia que se da en el proyecto a las políticas de evaluación, y sin olvidar la reordenación formal de su contenido por lo que respecta a alguno de sus títulos.

Lógicamente, los cambios operados durante el debate del anteproyecto son el resultado de las muchas reuniones mantenidas entre las autoridades estatales responsables de las políticas de empleo y las de las Comunidades Autónomas, quedando plasmadas las modificaciones propuestas (incorporadas o no al texto del proyecto) en documentos internos de trabajo, en los que se pueden conocer las distintas tesis mantenidas por las distintas autonomías”.

<sup>15</sup> “Del Anteproyecto al Proyecto de Ley de Empleo. Consideraciones generales y texto comparado de las modificaciones más relevantes” <http://www.eduardo-rojotorrecilla.es/2022/09/del-anteproyecto-al-proyecto-de-ley-de-htm1> (consulta: 2 de febrero).

## 7. LA TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA DEL PL

El Proyecto de Ley de Empleo fue publicado en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados el 1 de julio. Se abrió un plazo de presentación de enmiendas con finalización prevista el 17 de septiembre, si bien posteriormente se amplió el plazo en seis ocasiones, hasta el 26 de octubre

El Pleno del Congreso fue el escenario, el 29 de septiembre, de la presentación del Proyecto de Ley y del debate a la enmienda a la totalidad presentada por el grupo parlamentario de VOX y que fue rechazada por los restantes grupos parlamentarios. Cabe destacar que la enmienda de totalidad que había presentado el grupo nacionalista vasco fue retirada, justificando esta decisión el diputado Sr. Barandiarán Benito por haber mantenido conversaciones con las autoridades ministeriales y haber mostrado estas su disposición al diálogo y al entendimiento “a la hora de poder plasmar en las futuras enmiendas parciales todos estos aspectos que hacen del sistema vasco de empleo un sistema singular”<sup>16</sup>.

Toda la documentación, que incluye la Memoria de Análisis Normativo del Anteproyecto de Ley, el Dictamen del Consejo Económico y Social, el Informe de la Agencia Española de Protección de Datos, y el Informe del Consejo Nacional de la Discapacidad, se encuentra disponible en la página web del Congreso. En la citada Memoria de Análisis Normativo se afirma que la futura ley “tiene como reto y objetivo impulsar, en el marco del diálogo social, la reforma del mercado laboral español para adecuarlo a la realidad y necesidades actuales de manera que permita corregir las debilidades estructurales, con la finalidad de reducir el desempleo estructural y el paro juvenil, corregir la dualidad, mejorar el capital humano, modernizar la negociación colectiva y aumentar la eficiencia de las políticas públicas de empleo, dando además, un impulso a las políticas activas de empleo, que se orientarán a la capacitación de los trabajadores en las áreas que demandan las transformaciones que requiere nuestra economía”.

El 28 de noviembre se reunió la Ponencia encargada de redactar el Informe sobre dicho Proyecto, incorporando 46 enmiendas (se habían presentado 386) y remitiendo al debate en la Comisión de Trabajo, Inclusión, Seguridad Social y Migraciones de la Cámara Baja las no aceptadas, siendo razonable prever que se incorporarían, como así ocurrió, algunas más en el texto que aprobaría la Comisión, como resultado de su aceptación plena, o mucho más probablemente como resultado de las transacciones que podían efectuarse, en especial con las presentadas con los grupos políticos que apoyan, actualmente y “desde fuera”, al Gobierno.

Subrayo que, a mi parecer, se incorporaron enmiendas que refuerzan la protección de los colectivos más vulnerables, y se ha prestado mucha más atención a las competencias autonómicas en la materia. De las primeras, son un claro ejemplo las enmiendas incorporadas de Compromis y de EuskalHerria Bildu, y de las segundas, varias del grupo parlamentario republicano, del vasco, y del PDeCat.

<sup>16</sup> Véase el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, 29 de septiembre de 2022, núm. 213, pág. 59. [https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L14/CONG/DS/PL/DSCD-14-PL-213.PDF](https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/DS/PL/DSCD-14-PL-213.PDF).

No menos importante es la potenciación de la dimensión local de la política de empleo, siendo de especial importancia la incorporación de la enmienda del GPS-UP que reconoce la singularidad institucional de las Corporaciones Locales en la puesta en marcha y desarrollo de las políticas de empleo, disponiendo que su articulación se llevará a cabo a través del principio de cooperación y de convenios con otras Administraciones.

Por último, por la importancia que tienen tres enmiendas presentadas por los GPS-UP, que lógicamente han sido incorporadas, y que se han mantenido (solo con un cambio en el texto de la primera que explicaré más adelante) cabe decir lo siguiente:

“No sé hasta qué punto casa bien la reforma de las modalidades de contratación operada por el RDL 32/2021 de 28 de diciembre, derogando la regulación del contrato para obra o servicio determinado y estableciendo muchas cautelas para los contratos por circunstancias de la producción, con la ampliación que se propone, y que también se encuentra en las enmiendas de otros grupos, por lo que es lógico suponer que se proceda a su aprobación total o transaccionada, de la posibilidad de llevar a cabo contratos de duración determinada, no superior a doce meses, que estén vinculados a “programas de políticas activas de empleo previstos en esta ley con las personas participantes en estos programas”.

Obsérvese que la dicción del precepto es bastante más amplia de la modificada disposición adicional novena, y que además esa contratación temporal (¿para obra o servicio?) podrá realizarse, “con carácter excepcional y con efectos hasta el 31 de diciembre de 2023 (¿quiere decir que todos los contratos que se hayan celebrado finalizarán en dicha fecha como máximo, o que se podrán celebrar contratos hasta esa fecha? “con el personal técnico necesario para la ejecución de (tales) programas. Cabe razonablemente pensar que dicho personal será “de estructura” por el conocimiento que debe tener para llevar a cabo tal ejecución, pero esto es sólo una hipótesis de trabajo que dejo abierta para debate.

...Tres enmiendas (núm. 283, 383 y 394) tienen una especial relevancia tanto de carácter sustantivo como procesal, si bien se apartan considerablemente de la temática de la política de empleo, y por ello no son objeto detallado de mi atención en este artículo. Nada más, ni nada menos, que se propone la derogación del art. 148 d) de la Ley reguladora de la jurisdicción social, es decir aquel apartado que dispone que el procedimiento de oficio podrá iniciarse como consecuencia “de las comunicaciones de la autoridad laboral cuando cualquier acta de infracción o de liquidación levantada por la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social, relativa a las materias de Seguridad Social excluidas del conocimiento del orden social en la letra f) del artículo 3, haya sido impugnada por el sujeto responsable con base en alegaciones y pruebas que, a juicio de la autoridad laboral, puedan desvirtuar la naturaleza laboral de la relación jurídica objeto de la actuación inspectora”.

La justificación de la enmienda es casi un mini artículo doctrinal (no faltan las citas de la mejor doctrina laboralista). Intuyo que la modificación algo tendrá que ver con los conflictos suscitados con los falsos autónomos de las empresas de restauración en la economía de plataformas. “...Falta de

celeridad de los procedimientos. De las distintas estadísticas disponibles se desprende un aumento progresivo del número de procedimientos de oficio que se siguen en la Jurisdicción Social, en los que cada vez más se discute no simplemente la laboralidad o no de relaciones jurídicas puntuales y particulares sino el propio modelo de negocio implantado por las empresas con afectación, por tanto, de volúmenes elevados de trabajadores y plantillas, lo que tiene un evidente impacto en la capacidad de poder desarrollar los mismos con la adecuada celeridad”.

Por consiguiente, es claro a mi parecer que la modificación obligaría al sujeto infractor, tras las oportunas actuaciones de la autoridad laboral tendentes al reconocimiento de la relación laboral a los efectos de la correcta ubicación en el régimen general de la Seguridad Social, a impugnar la decisión en sede contencioso-administrativa siendo este orden jurisdiccional el único que conocería de estos litigios.

Otra enmienda “descolocada” es la núm. 286, que procede a modificar el art. 27.2 de la LET para recoger expresamente, siguiendo actuaciones del Defensor del Pueblo, que la cuantía del SMI es inembargable “en su cuantía tanto mensual como anual... cualquiera que sea el período de devengo”. La justificación de la enmienda es muy clara respecto a la finalidad perseguida: “No se trata de establecer reglas que permitan calcular, en cada caso, la parte inembargable de pensiones y salarios. No es este el objeto de la norma laboral, sino establecer un parámetro de referencia o comparación que debe satisfacerse dejando claramente de manifiesto la inembargabilidad de la cuantía equivalente al SMI cualquiera que sea la forma de su cómputo, la naturaleza de la retribución a la que se aplica, o el periodo de devengo, dado que es esa la cuantía que cumple con la función constitucional de atender las necesidades mínimas”.

Pasemos a continuación a un breve examen de la modificación más publicitada, la del art. 51.2 de la LET. Veamos primeramente el texto comparado de la normativa vigente y del cambio propuesto.

### NORMATIVA VIGENTE

Recibida la comunicación, la autoridad laboral dará traslado de la misma a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo y recabará, con carácter preceptivo, informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social **sobre los extremos de la comunicación a que se refieren los párrafos anteriores y sobre el desarrollo del periodo de consultas.**

El informe deberá ser evacuado en el improrrogable plazo de quince días desde la notificación a la autoridad laboral de la finalización del periodo de consultas y quedará incorporado al procedimiento

### ENMIENDA INCORPORADA AL PL

Recibida la comunicación, la autoridad laboral dará traslado de la misma a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo y recabará, con carácter preceptivo, informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que deberá ser evacuado en el improrrogable plazo de quince días desde la notificación a la autoridad laboral de la finalización del periodo de consultas y quedará incorporado al procedimiento.

**El informe de la inspección, además de comprobar los extremos de la comunicación y el desarrollo del periodo de consultas, se pronunciará sobre la concurrencia de las causas especificadas por la empresa en la comunicación inicial, y constatará que la documentación presentada por esta se ajusta a la exigida en función de la causa concreta alegada para despedir**

(Fuente: elaboración propia)

Con respecto a esta enmienda, presentada por Euskal Herria Bildu durante la tramitación del proyecto, cabe decir que las Instrucciones dictadas en las Comunidades Autónomas que tienen transferidas las competencias en materia de Inspección de Trabajo y Seguridad, Cataluña y el País Vasco, ya posibilitaban a mi parecer la intervención más activa de la ITSS en el control de las causas del despido colectivo. Por último, cabe indicar también que la Sala Social del Tribunal Supremo había admitido un papel de la ITSS más activo que el de mera revisora del cumplimiento de las formalidades legales, si bien, a mi parecer, no con la intensidad con que aparece en la reforma del art. 51.2 LET.

En el Pleno del Congreso el 22 de diciembre, se aprobaron nuevas enmiendas, relativas a la Estrategia española de activación para el empleo, los compromisos de las personas demandantes de servicios de empleo (habilitándose un canal para recibir las oportunas comunicaciones derivadas de la suscripción del compromiso de actividad), y de especial interés a mi parecer la introducida en la disposición final novena, que regula los contratos vinculados a programas de activación para el empleo, ampliando hasta el 31 de diciembre de 2024 la posibilidad de realizar estos contratos con el personal técnico necesario para la ejecución de los programas citados en el apartado anterior.

Por fin, en el Pleno del 8 de febrero se aprobaron cinco enmiendas en la Cámara Alta. Mejor dicho, en realidad fueron cuatro, ya que una tiene una redacción idéntica al texto del Congreso. Baste decir ahora que dichas enmiendas en el Senado no alteran en modo alguno el núcleo duro de la futura Ley. Más bien, parece un deseo de marcar distancias por parte de algunos grupos con respecto al gobierno y a los partidos que lo sustentan. Parece también clara la influencia de las organizaciones sociales que están detrás de las enmiendas, que versan fundamentalmente sobre la economía social y las personas con discapacidad. Igualmente, hay que decir que la enmienda del grupo socialista sobre la modificación del art. 51.2 de la Ley del Estatuto de los trabajadores, fue finalmente retirada<sup>17</sup>.

## 8. LA COMPARACIÓN ENTRE EL REAL DECRETO LEGISLATIVO 3/2015 Y LA LEY 3/2023

Si bien gran parte de la explicación realizada con anterioridad ha permitido destacar buena parte del texto finalmente aprobado, es conveniente, a la par que necesario, efectuar algunas reflexiones sobre el impacto del cambio normativo con respecto a la regulación anterior. A ello dedico los siguientes apartados.

- a. El capítulo I regula el objeto y finalidad de la ley, y la definición de la política de empleo. Hay un acercamiento y vinculación más amplio con la política de empleo de la UE. Incluye conceptos

---

<sup>17</sup> Para un mayor detalle de las enmiendas aprobadas en el Senado, véase "Y el Proyecto de Ley de Empleo, contra pronóstico, vuelve al Congreso de los Diputados para su aprobación definitiva el 16 de febrero. Notas a las enmiendas introducidas en Senado" <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2023/02/y-el-proyecto-de-ley-de-empleo-contra.html> (consulta: 10 de febrero)

básicos que anteriormente no estaban recogidos en la ley de 2015. Define con precisión, y con preferencia por la contratación indefinida, que debe entenderse por colocación adecuada.

No me parece correcto que sitúe en el mismo plano, como entidades colaboradoras, a las corporaciones locales y, por ejemplo, las organizaciones sin ánimo de lucro.

Desarrolla mucho más ampliamente cuales son los objetivos de la política de empleo, poniendo especial interés tanto en las medidas preventivas como reactivas cuando pueda haber problema de su pérdida.

Garantiza (art. 5) entre los principios rectores el de igualdad y no discriminación en el acceso a los servicios de empleo, así como a otros programas relativos a la inserción, permanencia y progresión en el mercado de trabajo. La difusión, en aplicación del principio de transparencia, de las ofertas y demandas de empleo gestionadas a través del Sistema Público Integrado de Información de los Servicios de Empleo. Además, todos los principios generales deberán informar también todas las actuaciones de las entidades colaboradoras de los servicios públicos de empleo.

En cuanto a la planificación de la política de empleo, se insiste en la estrecha vinculación con la política europea, y para que no haya dudas competenciales (con independencia de los deseos de algunos partidos políticos nacionalistas) se recuerda que la gestión de las prestaciones por desempleo corresponde al MITES, es decir a la autoridad estatal.

Hay que subrayar una vez más, aun con las modificaciones introducidas en la norma desde el tránsito del Anteproyecto al texto final, el refuerzo de la dimensión autonómica y, en especial de la local, en las políticas de empleo. Tanto, porque el texto amplía la posibilidad de la primera de desarrollar y diseñar programas propios adaptados a las características territoriales, como porque se enfatiza la dimensión local y “se reconoce la singularidad institucional de las Corporaciones Locales en la puesta en marcha y desarrollo de las políticas de empleo, que se articulará a través del principio de cooperación y de convenios con otras Administraciones”

- b. El capítulo II está dedicada a la gobernanza, siendo importante recordar que la prestación de servicios de empleo tiene naturaleza de servicio público, “con independencia de la entidad que la realice”, y de ahí que sean aplicables a todas ellas “los objetivos y principios rectores de la política de empleo”

En cuanto a las funciones del Sistema Nacional de Empleo, integrado por la Conferencia Sectorial de Empleo y Relaciones Laborales, y el Consejo General del Sistema Nacional de Empleo, deberán destacarse la letras e) y f), y poner la primera en relación con las reformas operadas en materia de extranjería por la Reforma de su Reglamento, la Instrucción 1/2022 de la Secretaria de Estado de Migraciones, y la Orden para 2003 sobre la gestión de la contratación en origen y su apuesta por la contratación fija discontinua y también la estable, a la espera de aquello que puedan ocurrir en el ámbito de la política migratoria con la posible modificación del catálogo de ocupaciones de difícil cobertura.

El capítulo III, está dedicado a los instrumentos de planificación de la política de empleo, con cambios introducidos en el proyecto original que han permitido dejar más claras las competencias de las Comunidades Autónomas, a partir de las enmiendas pactadas con el PNV y ERC. Hay algunas novedades formales más que de fondo a mi parecer, cual es por ejemplo que la estrategia española de activación para el empleo pasa a denominarse (ya lo era desde 2020) Estrategia Española de apoyo activo al empleo, entre cuyos contenidos debe destacarse especialmente a mi parece el de la letra c) (“El análisis de la labor de las oficinas de empleo de tutorización continuada, acompañamiento y asesoramiento de las personas y entidades usuarias de las oficinas y servicios de empleo y para garantizar un sistema de gestión que facilite la identificación de perfiles, las necesidades formativas, la erradicación de sesgos y estereotipos de cualquier índole, especialmente de género, edad y discapacidad, y la casación de ofertas y demandas laborales. En particular, se evaluará el procesamiento y pertinencia de los datos incluidos en el Sistema Público Integrado de Información de los Servicios de Empleo, en orden a la satisfacción de la demanda de empleo), y mucho más la letra f), ya que debe incluir la previsión de gasto para ejecutar políticas activas de empleo plurianuales.

Más novedoso, y en coherencia con documentos anteriores del gobierno, es la regulación del Plan anual para el fomento del empleo digno, terminología basada sin duda en los documentos de la OIT sobre el trabajo decente o digno (según las diversas traducciones del original inglés al español que se utilicen), si bien los ejes sobre los que se debe articular son los mismos sobre los que se articula la Estrategia, es decir los de orientación, formación, oportunidades de empleo, igualdad de oportunidades en el acceso al empleo, con especial atención a la igualdad entre mujeres y hombres, el emprendimiento, y, con carácter transversal a todos los anteriores, la mejora del marco institucional.

A continuación se regula el Sistema Público Integrado de Información de los Servicios de Empleo (en la terminología de la norma de 2015 Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo), que entre sus finalidades tiene tienen la integración de toda la información relativa a las políticas de empleo, incluyendo las ofertas y demandas registradas en las agencia de colocación colaboradoras, y que deberá garantizar a la (de futura creación) Agencia Española de Empleo (que ocupará el lugar del SEPE) y a los Servicios Públicos de Empleo de las CC. AA “la posibilidad de acceso y tratamiento masivo de datos con el fin de realizar perfilado de las personas usuarias de los servicios públicos de empleo”.

Novedad coherente con la regulación de la normativa europea y española en la materia, son los art. 16 y 17 que versa sobre el tratamiento de datos personales, que deberá ajustarse a dichas normas. Repárese en que son datos de carácter personal todos los datos que puedan identificar a los usuarios de los servicios de empleo, y todos los relativos “a situación y actividad laboral, a su formación, los relativos a la protección social, así como a su situación socioeconómica, entre otros”. Se presta especial atención a evitar el sesgo discriminatorio en las medidas que se adopten a partir del conocimiento de tales datos, algo sin duda de extrema importancia para garantizar los derechos de todas las personas demandantes de los servicios de empleo (no solo, repárese bien, los demandantes de empleo)

Como ya he indicado con anterioridad, la nueva Ley autoriza la creación de la Agencia Española de Empleo, en la forma en que se determine por Real Decreto, según estipula la disposición adicional primera. Estaremos pues en presencia de una entidad de derecho público de la AGE, a la que será de aplicación la Ley 40/2015 de 1 de julio, a la que se atribuye la “ordenación, desarrollo y seguimiento de las políticas activas de empleo y de protección por desempleo, en el marco de lo establecido en esta Ley”. Ciertamente, sus competencias serían muy semejantes a las actuales del SEPE, si bien se incluye una referencia expresa, en virtud de las competencias estatales y autonómicas en la materia, a que para garantizar la coordinación entre políticas “activas” y “pasivas” “se desarrollarán sistemas de coordinación y cooperación con los servicios públicos de empleo de las Comunidades Autónomas”, y siempre, en todas sus funciones y competencias, con el punto de mira en la evaluación del desempeño según el modelo establecido por la Comisión Europea.

El capítulo II está dedicado a los servicios de empleo de las CC. AA, habiéndose incluido en fase de tramitación parlamentaria una importante enmienda, cuál es la posibilidad para estas de desarrollar su propia cartera complementaria de servicios de empleo, así como también “la implantación y desarrollo de sus propios programas de empleo y de fomento de la actividad económica en su ámbito territorial”. Se ajusta así de mejor manera, a mi parecer, la normativa con la jurisprudencia del TC sobre el reparto competencial entre el Estado y las CC. AA en materia de empleo, no obstante ello, por supuesto, a la necesaria coordinación de la política autonómica con la europea (Orientaciones específicas y Estrategia Europea de Empleo) y la estatal (Estrategia Española de Apoyo Activo Al Empleo y Plan anual de su desarrollo).

El capítulo III trata sobre las entidades colaboradoras de los servicios públicos de empleo, distinguiendo entre las de carácter privado y público, teniendo las primeras, dato relevante a destacar, la obligación, cuando sus actuaciones sean de colaboración y coordinación con organismos públicos, actuar con total transparencia e informar del desarrollo de su actividad a los organismos autonómicos de empleo”, que deberán ser muy concreta tanto en datos cuantitativos como cualitativos, y articulándose su relación a través de acuerdos marco de vigencia máxima plurianual, sometidos a la regulación de la Ley de Contratos del Sector Público.

El capítulo IV aborda la regulación del personal del Sistema Nacional de Empleo. Es muy positivo que se disponga que deberá disponer de “los recursos humanos necesarios para una prestación eficaz y eficiente de los servicios”, si bien inmediatamente se condiciona a lo dispuesto en las Leyes de Presupuestos generales del Estado para el personal de la AGE, no siendo difícil concluir que la misma regla se aplicará al personal autonómico por la estrecha relación existente entre las normas presupuestarias estatales y autonómicas.

Las mismas matizaciones aparecen cuando se afirma que contarán “con unas plantillas suficientes”, pero siempre “dentro de los límites permitidos” por las Leyes de PGE, y que además se reitera en la disposición final octava cuando dispone que la financiación necesaria para la ejecución de los servicios garantizados “...se realizará con base en las conclusiones del grupo de trabajo referido en el Real Decreto 1069/2021, de 4 de diciembre, por el que se aprueba la

Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024, debiendo tenerse en cuenta otros factores como la evolución del déficit público o la evolución del mercado de trabajo y sus necesidades”.

Más prudente se muestra la norma con respecto a los conocimientos requeridos por el personal, ya que se dispone que “procuraran mantener” una plantilla con la especialización de tales conocimientos que se requiera “para dar respuesta a las nuevas realidades”, una de las cuales, y desde luego no poco importante, es el impacto de la tecnología.

- c. Por supuesto, el título más importante de la norma, aun cuando podría decirse que no se trata de este sino del de financiación por cuanto marca los límites de su actuación, es el dedicado a las políticas activas de empleo (título III), conceptuadas (capítulo I) como “el conjunto de servicios y programas de orientación, intermediación, empleo, formación en el trabajo y asesoramiento para el autoempleo y el emprendimiento dirigidas a impulsar la creación de empleo y a mejorar las posibilidades de acceso a un empleo digno, por cuenta ajena o propia, de las personas demandantes de los servicios de empleo, al mantenimiento y mejora de su empleabilidad y al fomento del espíritu empresarial y de la economía social”, siendo sus objetivos prioritarios, pero no excluyentes de otros que puedan alcanzar relevancia en cada momento, “Elevar la empleabilidad de las personas demandantes de los servicios de empleo, reducir las brechas de género, y conseguir el ajuste simultáneo entre oferta y demanda de empleo, a través de una mayor fluidez de la información y de unos servicios de empleo eficaces y eficientes”, con una destacada, y obligada, mención a los requerimientos de los mercados de trabajo locales.

Los servicios y programas, es bien sabido y ahora se reitera en la nueva ley, pueden ser gestionados directamente por los servicios públicos de empleo, bien mediante la colaboración público-privada, bien mediante la colaboración entre dos entidades u organismos de derecho público, incluyéndose en estas a las entidades locales, universidades públicas y cámaras de comercio, industria, servicios y navegación.

Un aspecto capital de las políticas activas de empleo es la vinculación de la formación con el trabajo, al que se le dedica atención específica en la norma desde la perspectiva de consolidación del derecho a la formación a lo largo de toda de la vida y del disfrute de 20 horas anuales de permiso acumulables durante un período de cinco años (véanse los arts. 4.2 b) y 23 de la LET); formación que, entre otros objetivos, ha de velar especialmente por las personas más vulnerables en el ámbito del empleo, y adaptarse a los procesos de cambios digital y ecológico, siempre desde la perspectiva de igualdad de género.

A la empleabilidad se dedica el capítulo II, como derecho y deber de las personas demandantes de empleo, por lo que deberá dotarse de los medios necesarios a quienes gestionan las políticas activas de empleo para que ello sea posible, combinado con la obligación de suscribir el compromiso o acuerdo de actividad por aquellas, con una clara finalidad de mejora de su nivel de presencia, o de incorporación, al mercado de trabajo en empleos que sean estables y de calidad, ya que no de otra forma debe entenderse la afirmación del objetivo de mantenimiento y mejora de quienes demandan empleo, y que para quienes se encuentran en situación de

desempleo deben ser útiles para que estas no se vean abocadas “a la toma de decisiones” (¿pérdida de derechos, empleo informal, empleo irregular) “que vayan en detrimento de su profesionalidad y de su capacidad de mejorar en el mercado de trabajo”, debiendo el Sistema Nacional de Empleo dotarse para llevar a cabo, de forma directa o compartida, su actuación mediante un catálogo de instrumentos eficaces de empleabilidad útiles tanto para el acceso al empleo como para la mejora de la empleabilidad, y que deberá ser útil igualmente para adecuarse a las necesidades de cada persona, con atención especial a los colectivos prioritarios, y siempre evitando cualquier tipo de discriminación, queriendo cerrar la norma toda posibilidad de que ello pudiera producirse cuando dispone que “además, se evitará el establecimiento de criterios que presupongan que las personas destinatarias son suficientemente mayores, suficientemente jóvenes o referentes al sexo o a la discapacidad de estas”. Me queda la duda de qué entiende el legislador por “suficientemente”, si bien supongo que cabrá remitirse a las edades de “jóvenes” (30) y “mayores (50 años) utilizadas en otros preceptos del texto.

El capítulo III está dedicado a la intermediación, incorporando buena parte de la regulación contenida anteriormente en el Real Decreto 1796/2010 de 30 de diciembre, regulador de las agencias de colocación, definiéndose como el conjunto de acciones “destinadas a proporcionar a las personas trabajadoras un empleo adecuado a sus características y facilitar a las entidades empleadoras las personas más apropiadas a sus requerimientos y necesidades”, siendo los agentes de dicha intermediación tanto los servicios públicos de empleo como las agencias de colocación y aquellos otros servicios que reglamentariamente se determinen para los trabajadores en el exterior”.

Sí hay un cambio importante respecto a las agencias de colocación con ánimo de lucro con respecto a la normativa anterior. Mientras que en su art. 17 f) se disponía que “En caso de tratarse de entidades con ánimo de lucro, deberán realizar al menos un cuarenta por ciento de su actividad con fondos no provenientes de los servicios públicos de empleo; en caso de tratarse de entidades sin ánimo de lucro, deberán acreditar que realizan al menos un diez por ciento de actividad con fondos no provenientes de los servicios públicos de empleo”, la nueva norma amplía a las primeras hasta el 60 por ciento la obligación de llevar a cabo su actividad con fondos propios.

Recuérdese, además, no hay cambios sobre la normativa anterior pero conviene resaltarlo, que las agencias de colocación deben suministrar a los servicios públicos de empleo toda la información de que dispongan “sobre las ofertas de empleo y los perfiles profesionales que correspondan con esas ofertas”, y por supuesto garantizar el principio de igualdad y no discriminación en el acceso a sus servicios por parte de las personas que así los demanden. Queda incluida en este bloque de la intermediación la actividad de recolocación de las personas trabajadoras, incorporándose una precisión de no poco interés en aras a evitar la pérdida de empleo de personas mayores, ya que en los planes de recolocación que se acuerden con las empresas que hayan procedido a despidos colectivos, en el ámbito de aplicación del art. 51 de la LET, deberá procurarse el retorno al trabajo de quienes hayan visto extinguidos sus contratos “después de los cincuenta y dos años”, a fin de evitar toda discriminación por razón de edad.

En el análisis que vengo efectuando sobre las políticas de empleo he expuesto en muchas ocasiones la inconveniencia de separar las llamadas políticas “activas”, de las (mal llamadas) “pasivas”, ya que tanto en unas como en otras el objetivo del mantenimiento del empleo, tanto cuando aún están ocupado como después de haberlo perdido, es común a ambas, cada una obviamente con sus particularidades, y por ello es importante el capítulo IV, dedicado, y no es casualidad el título que suprime la referencia a la “pasividad”, a la coordinación de “política activa y de protección frente al desempleo”, siendo nuevamente relevante destacar, por las obligaciones asumidas tanto por los poderes públicos como por el sujeto demandante de los SPE, que los segundos suscribirán un acuerdo de actividad y los primeros garantizarán a quienes perciben prestaciones económicas (tanto como asalariados como autónomos) “la participación en los servicios garantizados y el ejercicio de los compromisos previstos en esta Ley, así como el acceso a los servicios incluidos en la cartera común del Sistema Nacional de Empleo y a los servicios complementarios establecidos en los correspondientes niveles autonómico y local en la forma que se acuerde”.

De tal manera, se articularán diversos y variados programas y medidas de apoyo activo al empleo, como la compatibilidad de las prestaciones con el trabajo por cuenta ajena, ayudas económicas para quienes acepten un empleo que implique cambio de residencia habitual, o la capitalización de la prestación por desempleo para formar parte de una empresa de economía social o para emplearse en una empresa o centro de trabajo que requiera el cambio de su domicilio habitual.

Toda norma de política de empleo incluye algún o algunos preceptos dedicados a concretar que colectivos deben merecer especial, o mejor dicho prioritaria, atención por su especial vulnerabilidad para acceder o mantenerse en el mundo laboral. Desde luego, no es una excepción la nueva Ley de Empleo, que incluye un muy extenso catálogo de tales colectivos, sin que ello sea obstáculo a mi parecer, ya que sería contradictorio con otros objetivos perseguidos por la Ley, para que puede establecerse una “segunda prioridad” entre todos ellos en función de las cambiantes condiciones del mercado de trabajo y también, no hay por qué negarlo, en razón de las disponibilidades existentes cuando la garantía de la prestación de servicios para todas las personas va acompañado de los límites económicos fijados por las Leyes de PGE.

Tal casi exhaustivo listado, engrosado en el trámite parlamentario de la norma, va acompañado de referencias más concretas al colectivo de personas con discapacidad, al refuerzo de programas y medidas cuando se produzcan “situaciones de interseccionalidad” (mujer migrante, con baja cualificación y víctima de violencia de género podría ser un ejemplo), y por supuesto siempre teniendo presente la perspectiva de género en toda la planificación de todos los objetivos, tanto cuantitativos como cualitativos, de los programas y medidas de acción, en el bien entendido además, y aquí nuevamente la regulación es fruto de las enmiendas incorporadas en la tramitación, las Comunidades Autónomas podrán identificar en su respectivo ámbito territorial los colectivos prioritarios “propios”, si bien creo que la amplitud del art. 50.2 hace difícil una mayor concreción al respecto, siendo cuestión distinta los criterios de prioridad que se puedan establecer.

Sobre la perspectiva de género se refuerza considerablemente su regulación con respecto a la normativa anterior, debiendo destacarse a mi parecer la novedad de poderse llevar a cabo medidas de incentivación de incorporación de trabajadores varones “en aquellos ámbitos de mayor presencia femenina”, con la finalidad, que por otra parte es idéntica a las de las medidas de potenciación del empleo femenino en sectores y actividades en las que se encuentre infra-representada, de “reducir la segregación ocupacional”.

Por si no bastara el listado del art. 50, preceptos posteriores centran su atención en la protección de mayores de 45 años, que desde luego es una edad relevante en el mercado de trabajo español donde la media de la población trabajadora supera los 40 años, y con especial atención cuando tengan a cargo menores de 16 años o personas dependientes (con los actuales datos demográficos me inclino a pensar que será más habitual lo segundo que lo primero), y también en los jóvenes, incluyendo a los menores de 30 años y los beneficiarios del Sistema Nacional de Garantía Juvenil, con especial atención para menores de 18 años que carezcan de las titulaciones que les permitan acceder a un contrato de formación en alternancia, si bien cuando se trate de jóvenes de 16 y 17 años las medidas han de ser preferentemente de “retorno al sistema educativo y mejora de las cualificaciones iniciales”. Para los jóvenes, y también para las mujeres, se prevén en las disposiciones adicionales la posibilidad de establecer medidas de acción positiva mientras sus respectivas tasas de desempleo no estén equiparadas a las tasas de desempleo total.

- d. ¿Hay obligaciones de los poderes públicos hacia las personas demandantes de los servicios que ofrece el SNE? La respuesta ya sabemos que es positiva, y también sus posibles límites, pero de lo que cabe la menor duda a mi parecer es de la amplia mejora que el Título IV, dedicado a “servicios garantizados, compromiso y cartera de servicios” opera con respecto a la normativa anterior, y nuevamente aparece una vez el aspecto positivo, al obligar a todos los integrantes del Sistema Nacional de Empleo a “garantizar en todo el territorio nacional” los servicios listados en el art. 56, si bien su contenido y alcance se remite a la regulación reglamentaria, y que son, en apretada síntesis los de elaboración de un perfil individualizado del usuario, la tutorización individual y asesoramiento continuado y atención personalizada, la elaboración de un itinerario o plan personalizado adecuado a su perfil (en el plazo máximo de un mes a contar desde la elaboración de su perfil de usuario), formación en el trabajo, asesoramiento para el autoempleo y el emprendimiento, intermediación laboral eficiente, canal presencial o digital alternativo de recepción de los servicios y recepción de orientación y atención presencial o no presencial.

Este listado no admite diferencias de trato que puedan implicar algún tipo de discriminación, siendo en todo caso aceptado que puedan establecerse condiciones previas de empadronamiento, residencia o vecindad civil “en el ámbito de los programas de apoyo al empleo local”, y también “preferencias de acceso a las acciones de fijación de población en ciertos entornos o de recolocación de personas que hayan perdido sus empleos”, medidas que ponen claramente de manifiesto la interrelación de las políticas de empleo con el desarrollo económico local.

Por otra parte, hay un amplio catálogo de servicios garantizados a las personas, empresas y demás entidades empleadoras, tales como “Gestión de las ofertas de empleo presentadas a los servicios públicos de empleo. Información y asesoramiento sobre la contratación y las medidas de apoyo a la misma. Identificación de las necesidades de las empresas, tanto en lo que se refiere a puestos vacantes como a perfiles profesionales requeridos que facilite una adecuada planificación formativa. Información y apoyo sobre los procesos de comunicación de las contrataciones y los trámites legales complementarios. Apoyo en los procesos de recolocación en los supuestos previstos legalmente. Información y asesoramiento sobre la difusión de ofertas en el ámbito de la Unión Europea a través de la Red EURES”

Las obligaciones de los poderes públicos van de la mano, como ya ha destacado con anterioridad, de las que adquieren las personas demandantes de empleo, por una parte, y las personas, empresas y demás entidades colaboradoras por otra. Baste ahora indicar con respecto a las primeras que se incluye la de colaborar activamente con los servicios públicos de empleo y mantener una actitud activa para mejorar su empleabilidad. Para las segundas, es relevantes señalar que deberán “comunicar los puestos vacantes con los que cuentan”, remitiendo la concreción de tal obligación al desarrollo parlamentario.

¿Cuál es la cartera de servicios? De forma muy detallada se regula en el capítulo II, agrupados estos en orientación para el empleo personalizada, integral y exclusiva; intermediación, colocación y asesoramiento a empresas, formación en el trabajo, y asesoramiento para el autoempleo, el emprendimiento viable y la dinamización del desarrollo económico local.

- e. Toda norma que pretenda un cumplimiento adecuado de su contenido, de sus derechos y obligaciones por parte de todos los sujetos implicados, debe estar dotada de la financiación adecuada, y sobre esta concreción ya me he detenido con anterioridad.

A esta temática se destina el título V, arts. 62 a 65, siendo especialmente importante a mi parecer destacar dos normas que afectan especialmente a quienes llevan a cabo en su gran mayoría las políticas activas de empleo, es decir las CC. AA y que disponen de los fondos distribuidos anualmente en la Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales.

En primer lugar, la medida adoptada para posibilitar una gestión a medio plazo por estas, “ por Acuerdo del Consejo de Ministros, previo informe del Ministerio de Hacienda y Función Pública, se podrán acordar los criterios de distribución de carácter plurianual y distribución de los fondos para ejercicios futuros, siempre que no superen los límites y las anualidades fijadas en el artículo 47.2 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, sin que resulte de aplicación lo previsto en el apartado tercero de este artículo”. En segundo término, “Como excepción a lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, en el caso de que las Comunidades Autónomas cumplan los requisitos y objetivos previamente fijados, serán objeto de devolución al Estado los remanentes de créditos no comprometidos hasta el 31 de marzo del ejercicio siguiente al que fueron asignados”.

- f. Por último, el Título VI, una novedad importante con respecto a la normativa anterior, está dedicado a la evaluación de la política de empleo, previendo la planificación y el carácter público

de sus resultados, las prioridades que debe tener, los niveles de organización, y los aspectos metodológicos y calidad de los datos, siendo especialmente relevante que se preste especial atención a la mejora de la empleabilidad y al análisis de las transiciones del desempleo al empleo.

Cabe aquí señalar, dicho sea incidentalmente, que con carácter general se ha aprobado recientemente la Ley 27/2022, de 20 de diciembre, de institucionalización de la evaluación de políticas públicas en la Administración General del Estado, que tiene por objeto “estructurar el sistema público de evaluación de políticas públicas en la Administración General del Estado con el fin de institucionalizar la evaluación como herramienta de aprendizaje colectivo y organizativo, de mejora del servicio público, rendición de cuentas y transparencia, contribuyendo a la eficacia y eficiencia de la acción pública”.

## 9. RECAPITULACIÓN FINAL

Toca volver, al finalizar este artículo, al inicio del mismo.

Las políticas de empleo deben responder a las necesidades de las personas trabajadoras, tanto de quienes están ocupadas como de las desempleadas y de las que, aunque inactivas, deseen incorporarse al mundo laboral, y por supuesto también de las empresas que cada vez más demandan políticas de formación que preparen, tanto a su personal como al que puede contratar, adecuadas a los cambios operados en sus actividades, con la necesidad de disponer de personal más y mejor formado.

La nueva Ley abre amplios caminos para que ello sea posible, y el desarrollo de la cartera de servicios, acompañado de un conveniente y necesario soporte económico, a la par que con una estrecha relación y cooperación de todas las Administraciones Públicas y entidades del sector privado que operan en este terreno, deberá contribuir a ello.

Sin olvidar, por supuesto, que una Ley de Empleo es útil si va acompañada de reformas en la normativa laboral que garantice una mayor estabilidad en el empleo y que este sea de calidad, camino por donde avanza la reforma laboral llevada a cabo por el RDL 32/2021 de 28 de diciembre.

¿Se hubiera podido avanzar más en una normativa que garantizara de forma total y absoluta los recursos presupuestarios para llevar a cabo de la manera más eficaz y eficiente posible las políticas de empleo adecuadas para responder a las nuevas necesidades derivadas de la reestructuración de la actividad productiva, y para conseguir que todas las personas trabajadoras tengan las habilidades, aptitudes, destrezas y conocimientos que demandan los puestos de trabajo que se van creando?  
¿Se ha quedado corta la nueva ley en este terreno?

Es una buena pregunta que, si se presta atención a los debates parlamentarios, tiene respuestas muy diferentes, y quienes lean con atención los debates parlamentarios confirmarán sin duda mi opinión. Por otra parte, las lógicas controversias, existentes en cualquier gobierno, entre quienes

demandan más disponibilidad económica, y más flexibilidad en el uso de los recursos disponibles, y quienes tienen las responsabilidades directas de gestionar la política económica, y por consiguiente pactar la distribución de los recursos disponibles, afloran en cualquier norma, y desde luego la nueva Ley de Empleo no es una excepción, aun cuando ello, obviamente, no quede reflejado, al menos de forma directa, en el texto aprobado.

Ello, no obstante, y tal como creo que ha quedado reflejado a lo largo de todo el texto, no obsta, a que se haya conseguido una regulación que permite a las autoridades, estatales y autonómicas, responsables de las políticas de empleo de acuerdo a sus ámbitos competenciales respectivos, y en el marco de los acuerdos que se adopten en el marco de la Conferencia sectorial de empleo y asuntos laborales, disponer de un marco que permita, primero, planificar a medio plazo, y no sólo con carácter anual, los programas a desarrollar en el marco de sus respectivas carteras de servicios.

Sí es necesario llamar la atención, y alguna mención ya ha aparecido en el texto con anterioridad, a que se debe prestar especial atención al buen uso de las posibilidades que ofrece la modificación de la normativa anteriormente vigente para llevar a cabo contrataciones laborales relativas a los programas de políticas activas de empleo. No sería nada positivo, desde luego, y desmerecería los contenidos positivos de la norma que ya he expuesto, que volvieran a plantearse en vía judicial, nuevos conflictos relativos a la temporalidad en fraude de ley que se han dado en numerosas ocasiones con ocasión de la prestación de servicios durante muchos años en programas de políticas activas de empleo que tenían presupuestos anuales y que año tras año se mantenían, eso sí con nuevos presupuestos, y que el TS acabó considerando como contratos indefinidos por no ser la partida presupuestaria un presupuesto habilitante para la celebración de contratos para obra o servicio determinado. Además, la ya tan referenciada reforma laboral ha establecido cautelas protectoras en punto a garantizar la estabilidad laboral que cualquier política pública de desarrollo de programas de políticas activas de empleo ha de tener sin duda en consideración.

Deberemos estar atentos, pues, a como se aplica la norma y de qué manera consigue los resultados deseados, debiendo poner todas las partes interesadas su empeño en lograr el objetivo.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Cabeza Pereiro, J. y Ballester Pastor, M.A., *La estrategia europea para el empleo 2020 y sus repercusiones en el ámbito jurídico laboral español*, MTIN, Madrid, 2010.

Calvo Gallego, J. y Rodríguez-Piñero Royo, M. (Dirs.), *Colocación y Servicios de Empleo*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2011.

Camas Roda, F., *La formación profesional en los ámbitos educativo y laboral*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2007.

Camps Ruiz, L.M., Ramírez Martínez, J.M., y Sala Franco, T. (Dirs.), *Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo: estudios ofrecidos en memoria del profesor Ignacio Albiol Montesinos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010.

Coalición progresista., *Un nuevo acuerdo para España* (acuerdo PSOE.UP 30 de diciembre de 2019).

García Quiñones, J.C., *Políticas activas de empleo durante la crisis económica (2010–2015)*, Ed. Reus, Madrid 2015.

García Quiñones, J.C., *Políticas activas de empleo*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022.

OIT, *Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo: Tendencias 2023*.

López Insua, B.M., Fernández Bernat, J.A. y Monereo Pérez, J.L., *Las políticas activas de empleo: configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2016.

Molina Hermosilla, O., *La dimensión jurídica de la política de empleo*, Ed. ARL-Mergablum, Sevilla 2005.

Rojo Torrecilla, E., *Servicios públicos de empleo, políticas activas de empleo e intermediación laboral*, 9 de diciembre de 2009. Web: [http://www.eduardorojotorrecilla.es/2009/12/servicios-publicos-de-empleo-politicas\\_09.html](http://www.eduardorojotorrecilla.es/2009/12/servicios-publicos-de-empleo-politicas_09.html).

Valdés Dal-Re, F. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Empleo*, Ed. La Ley, Madrid, 2012.

## LEGISLACIÓN

Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo (BOE, 17).

Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (BOE, 27).

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, 24).

Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo (BOE, 24).

Resolución de 29 de abril de 2021, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de abril de 2021, por el que aprueba el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (BOE, 30).

Decisión (UE) 2022/2296 del Consejo de 21 de noviembre de 2022 relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros (DOUE, L304, 24).

Ley 27/2022, de 20 de diciembre, de institucionalización de la evaluación de políticas públicas en la Administración General del Estado (BOE, 21).

Ley 3/2023 de 28 de febrero (BOE, 1 de marzo).

## LA NUEVA DIMENSIÓN DE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL\*

### THE NEW DIMENSION OF LABOUR INTERMEDIATION

**Jaime Cabeza Pereiro**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

*Universidade de Vigo*

[jcabeza@uvigo.es](mailto:jcabeza@uvigo.es) ORCID [0000-0001-8847-3934](https://orcid.org/0000-0001-8847-3934)

Recepción de trabajo: 25-01-2023 - Aceptación: 28-02-2023 - Publicado: 22-03-2023

Páginas: 46-62

- 1. LA DESCRIPCIÓN DEL ÁMBITO DE LA INTERMEDIACIÓN EN EL PROYECTO DE LEY. ■ 2. LA INCLUSIÓN DE LA SELECCIÓN DE PERSONAL. 2.1. EL CAMBIO LEGAL. 2.2. SUS IMPLICACIONES.
- 3. LAS NOVEDADES EN LA ACTIVIDAD DE RECOLOCACIÓN. ■ 4. LOS CONTENIDOS “MENORES” DE LA INTERMEDIACIÓN. ■ 5. REFLEXIÓN FINAL. ■ 6. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

\* Este estudio se enmarca, como uno de sus primeros resultados, en el proyecto PID2021-1243950B-I00, “Adaptación y mantenimiento del empleo en el nuevo ecosistema productivo”, del que el autor es IP.

## RESUMEN

La inminente aprobación de la Ley de Empleo va a producir un importante cambio en las políticas de entrada en el mercado de trabajo. Uno de los asuntos sobre los que las modificaciones tendrán más relevancia es en relación con el concepto de intermediación laboral. Tradicionalmente se ha restringido a la puesta en conexión de las ofertas y demandas de empleo, pero ya hace unos años se ha incluido en su ámbito la actividad de recolocación de personas trabajadoras que hayan sido objeto de despidos colectivos. Ahora, la nueva Ley también considera dentro de la intermediación la actividad de selección, que tradicionalmente había quedado fuera por unos motivos que han perdido entidad hace ya bastantes años. En cuanto a la actividad de recolocación, la reforma no es muy innovadora, pero abre la posibilidad de que se desarrolle en situaciones no extintivas, como en caso de suspensión del contrato o reducción de jornada, especialmente de ERTE RED. Otras actividades accesorias asimismo se integran, en particular ciertos servicios de apoyo que permiten que quienes sean demandantes de empleo puedan seguir adecuadamente las iniciativas de selección, colocación y recolocación en las que se involucren. Acerca de todo este haz de reformas se vierte un comentario valorativo crítico, que, pese a algunas objeciones, es positivo en términos generales.

**PALABRAS CLAVE:** empleo, intermediación laboral, colocación, recolocación, selección.

## ABSTRACT

The imminent approval of the Employment Act will produce an important change in the policies for entering the labour market. One of the issues on which the modifications will have more relevance is in relation with the concept of labour intermediation. Traditionally it has been restricted to connecting job offers and demands, but a few years ago the outplacement activity of workers who have been subject to collective dismissals has been included in its scope. Now the new Act also frames the selection activity within intermediation, which had traditionally been left out for reasons that have lost importance many years ago. Regarding the outplacement activity, the reform is not very innovative, but it opens the possibility of it being carried out in non-extinction situations, such as in the case of lay-off and short-time, especially the so-called "ERTE RED". Other ancillary activities are also integrated, particularly certain support services that allow those who are job seekers to adequately follow the selection, placement and outplacement initiatives in which they are involved. About all this bundle of reforms a critical assessing comment is poured, which, despite some objections, is positive in general terms.

**KEYWORDS:** employment, labour intermediation, placement, outplacement, selection.

## 1. LA DESCRIPCIÓN DEL ÁMBITO DE LA INTERMEDIACIÓN EN EL PROYECTO DE LEY

Cuando escribo estas páginas, ha finalizado el tránsito por el Congreso del Proyecto de Ley de Empleo y manejo el texto publicado en el BOCG el 11 enero 2023. Tiempo habrá de formular una valoración general de la Ley que finalmente se publique en el BOE. Por ahora, el objetivo de este comentario es más concreto, aunque ya de por sí sustantivo: se trata del análisis del nuevo contenido de la intermediación laboral, que desde luego queda ampliada y reforzada como servicio fundamental de empleo. Como afirmación de partida, actividades que hasta la fecha se situaban en la órbita de la puesta en relación de ofertas y demandas de empleo se integran ahora en un concepto más integral del que es plausible pensar que va a reforzar una actividad que se sitúa en el centro de las políticas de empleo en los distintos niveles de gobierno.

En relación con el todavía vigente art. 31 del texto refundido de la Ley de Empleo<sup>1</sup>, el art. 40.1 del Proyecto opta por una aproximación más difusa. No solo constituye intermediación la puesta en contacto de ofertas de trabajo con personas que buscan empleo, sino que lo es “el conjunto de acciones destinadas a proporcionar a las personas trabajadoras un empleo adecuado a sus características”. Y, en paralelo, en simetría que ya existe en el texto legal aún vigente, destinadas asimismo “a facilitar a las entidades empleadoras las personas trabajadoras más apropiadas a sus requerimientos y necesidades”. Así expresado, el concepto apenas es descriptivo, porque vendría a confundir una parte —la intermediación laboral— con un todo —las políticas activas de empleo—, de la que aquélla indudablemente forma parte. En este sentido, como el propio proyecto expresa, forman parte de las mismas, además, el conjunto de servicios y programas de orientación, empleo, formación en el trabajo y asesoramiento para el autoempleo y el emprendimiento —art. 31—. Todas ellas, situadas en pie de igualdad con la intermediación en este último precepto, podrían encuadrarse en dicha definición genérica del art. 40.1.

Por ese motivo, es adecuado analizar el apartado 2 del art. 40, dedicado a enumerar las actuaciones que “pueden comprender” la intermediación. De ellas se deduce, desde luego, un entendimiento mucho más amplio de esta actividad. En concreto, se divide, de acuerdo con el Proyecto, en cuatro actuaciones diferenciadas:

- a. La prospección y captación de ofertas de empleo. Se trata de una función característica de los servicios públicos y de las agencias privadas de empleo, que tradicionalmente se ha considerado previa a la intermediación, aunque sea un requisito previo de la puesta en contacto de demandas y de ofertas. Este trabajo de búsqueda forma parte integrante necesaria de los servicios que prestan dichas actividades, de modo que es conveniente que sobre ella se proyecte más luz y transparencia y se considere una función propia del servicio público.

1 RD legislativo 3/2015, de 23 octubre.

- b. La puesta en contacto de ofertas de trabajo con personas que buscan un empleo, para su colocación o recolocación. Es el contenido clásico de aquello a lo que siempre se ha considerado intermediación. Como novedad, de relativa trascendencia práctica, ahora se hace referencia diferenciada a la “recolocación”, como alternativa a la colocación. Con ella, se pone de relieve la importancia que el vigente marco normativo reconoce a las actividades de *outplacement*, como más adelante va a expresarse.
- c. La selección para un puesto de trabajo de personas que pueden ser idóneas para el mismo, evitando cualquier sesgo o estereotipo de género, edad o discapacidad. Probablemente, constituya la novedad de mayor alcance en cuanto al ensanchamiento del concepto de intermediación, porque se incluye en él una actividad que, pese a ser muy próxima, históricamente ha quedado al margen del concepto del servicio público, con unas consecuencias que, aunque no han sido convenientemente evaluadas, ponen de manifiesto una escasa falta de transparencia en su entorno tradicional.
- d. La puesta a disposición de la persona solicitante de empleo, especialmente si se encuentra entre los colectivos de atención prioritaria, del conjunto de apoyos necesarios para que sus circunstancias personales, sociales o familiares no se traduzcan en barreras a lo largo del proceso de intermediación laboral. Es una actividad incorporada dentro del ámbito de la intermediación a lo largo de la tramitación parlamentaria del proyecto de ley y que, con toda probabilidad, constituye una ampliación indebida. Sin duda, la participación en procesos de selección, la puesta en contacto de ofertas y demandas y el tránsito por procesos de recolocación requieren, para su efectividad, de una serie de ayudas externas, para crear condiciones efectivas a los efectos de que las personas demandantes de empleo puedan finalmente emplearse. Ahora bien, ese tipo de apoyos no difieren cualitativamente de otros que han de prestárseles para, vg., mejorar su empleabilidad, mantener un empleo o procurar una adaptación profesional que las aleje de los procesos de reconversión. Sin embargo, estas últimas quedan al margen de la intermediación por el único argumento cronológico o causal de coincidir en el tiempo o derivarse de una de las actividades contempladas en las letras anteriores. Más bien, la inclusión de estos contenidos resulta incoherente y resta identidad y perfiles propios a lo que propiamente debería constituir la intermediación.

Es decir, una de las críticas que hay que achacarle al proyecto se refiere a una excesiva expansión del concepto, en particular en cuanto a los contenidos de la letra d), que resta cierta sistemática y coherencia a la distinción entre la empleabilidad y la intermediación. Sin embargo, tiene una enorme importancia y resulta extremadamente positiva la inclusión de la selección de personas trabajadoras.

## 2. LA INCLUSIÓN DE LA SELECCIÓN DE PERSONAL

### 2.1. El cambio legal

En efecto, el apartado 4 del art. 40 insiste, en yuxtaposición con el art. 40.1 c), que la actividad de selección también se considera colocación especializada. Y añade que ello será así incluso en el caso de

que el método de reclutamiento de la persona idónea para el puesto de trabajo ofertado requiera, a causa de la falta de perfiles adecuados entre las personas inscritas como demandantes de empleo, la búsqueda de candidaturas adecuadas entre personas no inscritas en los servicios públicos de empleo.

Esta regla contrasta claramente con el sistema anterior. En efecto, el art. 33.1 del texto refundido de la Ley de Empleo contempla la posibilidad de que las agencias de colocación desarrollen “actuaciones relacionadas con la búsqueda de empleo, tales como... la selección de personal”<sup>2</sup>. Y el art. 34 añade, al expresar los principios de la intermediación laboral, que “los servicios públicos de empleo garantizarán que el proceso específico de selección y casación entre oferta de trabajo y demanda de empleo corresponda, con carácter general, al servicio público de empleo y a las agencias de colocación”. Pero, evidentemente, ni uno ni otro precepto incluían la selección como parte intrínseca de la colocación<sup>3</sup>.

En realidad, la actividad de selección, entendida como la destinada a proporcionar información sobre las aptitudes profesionales de una persona y sobre la adecuación de las candidatas existentes a las necesidades de personal de las empresas<sup>4</sup>, permaneció prácticamente en la penumbra a partir de la Ley 10/1994, de 19 mayo. Hasta entonces, el art. 16.2 del ET de 1980 se refería a ellas para disponer que “las agencias o empresas dedicadas a la selección de trabajadores deberán hacer constar en sus anuncios el número de la demanda en la Oficina de Empleo y la identificación de ésta”<sup>5</sup>. En realidad, se trataba de una vía de escape al sistema de monopolio estatal de la colocación, que se explicaba por la necesidad de incorporar cierta flexibilidad al modelo.

Al amparo de una normativa que rompía con el monopolio público de colocación ostentado por el INEM, en seguimiento por aquel entonces del Convenio nº 96 OIT, se regularon unas agencias privadas de colocación sin ánimo de lucro a las que, además, se les atribuían unas funciones que, por su amplitud, podían abarcar también las de selección de personas trabajadoras<sup>6</sup>. Ahora bien, mantuvo su vigencia el art. 44 de la Ley 51/1980 hasta su sustitución por Ley 56/2003, de 16 diciembre, que atribuía al INEM funciones de colaborar “en la selección objetiva de candidatos para cubrir los puestos de trabajo...” —párrafo primero—, pero que añadía —párrafo tercero— que “toda contratación realizada por las empresas deberá ser comunicada al Instituto Nacional de Empleo, al que

2 Esta posibilidad se reitera en el art. 2 del RD 1796/2010, de 30 diciembre

3 Sobre la naturaleza jurídica de la selección como secuencia de conformación progresiva del contrato de trabajo, aunque planteando otras alternativas, Valdés Dal-Ré, F., “Proceso de colocación y formación del contrato de trabajo”, *Revista de Política Social*, núm. 117, 1978, págs. 33 ss., en particular págs. 52-3.

4 Tomo la definición de García Murcia, J., “Las nuevas normas sobre colocación y cesión de trabajadores. Una primera aproximación a la Ley 10/1994 y normas concordantes”, *Temas Laborales*, núm. 31, 1994, págs. 3 ss., *ad. pág.* 12.

5 El mismo mandato se incluía en el art. 4.2 de la Ley 51/1980, de 8 octubre, básica de empleo, asimismo derogado por la Ley 10/1994.

6 Art. 1, párrafo primero del RD 735/1995, de 5 mayo: “las agencias de colocación se configuran como entidades que colaboran con el Instituto Nacional de Empleo en la intermediación en el mercado de trabajo y tienen como finalidad ayudar a los trabajadores a encontrar un empleo y a los empleadores a la contratación de los trabajadores apropiados para satisfacer sus necesidades. En relación con sus usuarios, las agencias de colocación deberán cumplir las condiciones de actuación previstas en esta norma y las específicas que figuren en el correspondiente convenio”.

también informarán de sus tareas las empresas dedicadas a la selección de trabajadores”. De modo que, con esta escueta fórmula, claramente se les confería carta de naturaleza a esas entidades, que no conformaban la actividad de intermediación y colocación<sup>7</sup> y que, por supuesto podían tener y tenían ánimo de lucro.

La Ley 56/2003, de empleo, es posterior a la ratificación por el Reino de España<sup>8</sup> y entrada en vigor del Convenio n° 181, OIT, de 1997, sobre las agencias de empleo privadas, que supuso la “luz verde” para la normalización de unas entidades que se definen en términos amplios, ya tengan o no ánimo de lucro. En este sentido, pierde relevancia la diferencia entre las agencias de colocación y las de selección, aunque las primeras todavía se mantienen en su exigencia de carecer de ánimo de lucro hasta 2010. Eso sí, su art. 22.3 encomendaba a los servicios públicos de empleo garantizar “que el proceso específico de selección y casación entre oferta de trabajo y demanda de empleo corresponde, con carácter general, al servicio público de empleo y a las agencias de colocación debidamente autorizadas”. Este precepto, que se ha mantenido en el art. 34.2 del texto refundido, les atribuye, así pues, la función de selección a las entidades que desarrollan el servicio público de intermediación, pero no en exclusiva, sino con carácter general<sup>9</sup>.

Es con la reforma de 2010 cuando la actividad de las agencias de colocación incluye explícitamente la de selección<sup>10</sup>. Sin embargo, no como objeto principal de su actividad, sino accesorio. De modo que la normativa de empleo ha mantenido hasta la actualidad una regulación casi por defecto y en la penumbra de la selección, como competencia adicional de las entidades que prestaban el servicio público de intermediación laboral, pero no formando parte de éste. Así se explicita en el art. 33.1 del texto refundido, cuando se refiere, por un lado, al desarrollo de actividades de intermediación y, por otro, de selección de personal.

La consecuencia ha sido, así pues, que la actividad de selección podía ser desarrollada por los servicios públicos o por las agencias privadas de colocación, como servicio no incluido en el de intermediación, pero también por otras entidades, no sometidas en absoluto a los mandatos de la legis-

7 El incumplimiento del deber de informar estaba contemplado, por lo demás, en la normativa administrativo-sancionadora. Al respecto, García Murcia, J., *op. cit.*, pág. 12.

8 Producida el 15 junio 1999. El Convenio entró en vigor el 10 mayo 2000.

9 El precepto añade: “en el supuesto de colectivos con especiales dificultades de inserción laboral, los servicios públicos de empleo podrán contar con entidades colaboradoras especializadas para realizar el proceso a que se refiere el párrafo anterior”.

10 En efecto, el RD-Ley 10/2010, de 16 junio, añade un art. 21 bis a la Ley 56/2003, cuyo apartado 1 dispone que las agencias de colocación “asimismo, podrán desarrollar actuaciones relacionadas con la búsqueda de empleo, tales como orientación e información profesional, y con la selección de personal”. Esta previsión se ha mantenido en el texto refundido, en el art. 33.1. Por su parte, el RD 1796/2010, de 30 diciembre, reitera la misma posibilidad. Sobre el art. 21 bis, Cardona Rubert, M<sup>o</sup>.B., “Las agencias de colocación en el Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo”, en AA.VV. (García-Perrote Escartín, I. y Mercader Uguina, J.R., Dirs.), *La reforma laboral 2010*, Lex Nova, Valladolid, 2010, págs. 255 ss., en particular pág. 258. Por su parte, la disp. adic. segunda del RD 1796/2010 establece el monopolio de los servicios públicos de empleo para la selección del personal laboral de las Administraciones Públicas.

lación de empleo. Como contrapunto, el texto refundido de la LISOS<sup>11</sup> ha mantenido como infracción grave en materia de empleo —art. 15.1— “no informar las empresas de selección de sus tareas al servicio público de empleo”<sup>12</sup> y como infracción muy grave, las conductas discriminatorias en los procesos de selección —art. 16.1 c)—<sup>13</sup>. Además, incluye algún tipo que afecta a las empresas de trabajo temporal cuando, en su dimensión de agencias de colocación, desarrollan actividades de selección<sup>14</sup>.

Indudablemente, el propio Convenio 181 de OIT había aproximado las actividades de intermediación, cesión y selección de personas trabajadoras cuando aunó todos estos servicios, como propios de las agencias privadas de empleo, en su art. 1.1. Y, a partir de que las agencias de colocación pudieron tener ánimo de lucro, perdió toda su razón de ser la diferencia radical entre una actividad de intermediación y otra de selección. Ambas se han aproximado siempre, hasta el punto de confundirse en muchas ocasiones. Puede decirse que la exclusión de la selección del contenido sustantivo de la intermediación solo ha respondido a inercias históricas. La común aceptación de la iniciativa privada en el ámbito de la colocación ha producido progresivamente que se difumine una diferencia que siempre fue artificiosa.

## 2.2. Sus implicaciones

Hay consecuencias aparentes, pero poco novedosas en la práctica. La referencia del art. 40.1 c) a la evitación de sesgos de género, edad o discapacidad ya se encontraba de algún modo contenida, en el plano sustantivo, en el art. 34.1 de la Ley 62/2003, de 30 diciembre y, más recientemente y de forma más explícita, en el art. 9.1 de la Ley 15/2022, de 12 julio. Ciertamente, estos dos preceptos no aluden en concreto a sesgos o estereotipos, pero es evidente que, en el proceso de selección, se convierten en conductas discriminatorias en la medida en que tratan peor o perjudican a una pluralidad de personas definidas en términos de la causa rechazable. Es más, el art. 40.1 d) debería haber incorporado, si no todas, al menos buena parte de las causas enunciadas en el art. 2.1 de la Ley 15/2022. En todo caso, el art. 45.2 contiene una expresa prohibición de discriminación por una amplia panoplia de causas en su mención específica a la actividad de selección<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> Texto refundido aprobado por RD-legislativo 5/2000, de 4 agosto.

<sup>12</sup> Tipo administrativo que suprime la disposición final primera, uno, del Proyecto de Ley.

<sup>13</sup> “Solicitar datos de carácter personal en los procesos de selección o establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones para el acceso al empleo por motivos de sexo, origen, incluido el racial o étnico, edad, estado civil, discapacidad, religión o convicciones, opinión política, orientación sexual, afiliación sindical, condición social y lengua dentro del Estado”. En el Proyecto de Ley —disposición final primera, dos— la selección se suprime por la referencia más genérica a “cualquier proceso de intermediación o colocación”.

<sup>14</sup> Como infracción grave. Art. 18.2 e): “cobrar al trabajador cualquier cantidad en concepto de selección, formación o contratación”.

<sup>15</sup> “El desempeño de dicha actividad se efectuará con arreglo a los principios de igualdad y no discriminación en el acceso al empleo por motivo de edad, sexo, discapacidad, salud, orientación sexual, identidad de género, expresión de género, características sexuales, nacionalidad, origen racial o étnico, religión o creencias, opinión política, afiliación sindical, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, así como por razón de lengua dentro del Estado español”.

Más trascendente —y mucho— es la inclusión de la selección, como colocación especializada, dentro del concepto de intermediación laboral, incluso en el caso de que haya que buscar candidaturas adecuadas entre personas no inscritas como demandantes de los servicios públicos de empleo. En consecuencia, el art. 41 incluye a las agencias especializadas en la selección de personal entre las agencias de colocación, aunque no entre las “propiamente dichas”. En todo caso, las “propiamente dichas” pueden realizar todas las tareas de intermediación, por consiguiente, las de selección incluidas<sup>16</sup>.

Con todo, el art. 42.1 establece que la intermediación laboral tiene la consideración de servicio de carácter público, con independencia del agente que la realice. Es decir, la selección pasa a integrarse en el servicio público, condición que no ha ostentado hasta el momento. Por este motivo, y como ordena el art. 42.8, debe desarrollarse atendiendo al cumplimiento de los objetivos de la política de empleo y de sus principios rectores, en particular los que se vinculan a la igualdad y a la no discriminación, sin perjuicio de la atención específica a los colectivos más desfavorecidos con la vista puesta en la generación de mercados más inclusivos.

Esa diferencia entre “agencias de colocación” y “agencias de colocación propiamente dichas” es mucho más que una digresión, constituye un asunto absolutamente central. En efecto, sería cuestionable si, cuando el art. 43 regula las agencias de colocación, incluye también a las especializadas de recolocación y selección. Como precedente, debe recordarse que el todavía vigente RD 1796/2010 de 30 diciembre abarca de modo expreso las de recolocación, de modo que más bien debe entenderse —y parece lo más adecuado, a la vista de la consideración conjunta de las actividades de intermediación— que también las empresas de selección deben ser tratadas como agencias de colocación y someterse a los requisitos del art. 43. Sería absurdo, desde luego, que no fueran partícipes y parte del sistema común electrónico de información.

Es más, la referencia a las obligaciones “específicas” que se remiten a desarrollo reglamentario parece aludir a unas reglas concretas para las agencias especializadas. Claramente, los deberes comunes a los que se refiere el art. 43.3 deben ser igualmente observados por las entidades de selección. Las cuales, en consecuencia, se amparan bajo el paraguas general de “agencias de colocación”, a los efectos de su calificación jurídica general. Es más, el art. 41.2 admite que entidades que no se constituyan como agencias de colocación puedan realizar “de manera complementaria” actuaciones de intermediación dirigidas a la inserción en el marco de programas públicos de empleo aprobados por los servicios de empleo. Parece evidente que se trata de entidades diferentes de las agencias de colocación, sean o no “propiamente dichas”. En consecuencia, este precepto apela a unas entidades distintas de las que, como empresas de selección, tienen la condición de agencias de colocación.

En consecuencia, el Reglamento que desarrolle la materia de la intermediación laboral deberá regular los requisitos de funcionamiento de las entidades de selección, que pueden ser idénticos o

---

<sup>16</sup> Así se confirma y desarrolla en el art. 45.1: “1. El desarrollo de la actividad de colocación especializada consistente en la selección de personal podrá ser desarrollada directamente por el personal de los servicios públicos de empleo o por agencias de colocación”.

no a los de otros organismos de intermediación, pero en todo caso habrán de ser suficientes para garantizar un funcionamiento transparente, eficaz, coordinado e informado de una actividad que pasa a ubicarse en el núcleo esencial de la intermediación laboral. A tal efecto, el art. 42 expresa unas exigencias mínimas e insoslayables para todas las entidades que se incluyan en el concepto de agencias de colocación, integrándose, así pues, las de recolocación y las de selección. Incluso hay que añadir que, una vez aprobada la Ley y en tanto en cuanto no se aprueba dicho desarrollo, deberán regirse por los requisitos que el RD 1796/2010 exige a las agencias de colocación.

Como se ha dicho, este asunto es del mayor interés, porque, por más que la actividad de selección se considere como de intermediación, el avance sería pírrico si después se admitiese que unas entidades pudiesen actuar al margen de los servicios de empleo, sin establecer relación alguna con ellos y sin participar del flujo de intercambio de información y de las obligaciones de transparencia que se exigen a las entidades que conforman el servicio público de intermediación. Por desgracia, la actividad de entidades dedicadas a la selección genérica o especializada —sectorial, *headhunters*...— ha permanecido tradicionalmente en la penumbra del Derecho sin los elementos de control propios de la actividad de intermediación y de colocación.

La realidad actual se describe en términos muy simples: de una parte, están las agencias de colocación —cuya actividad principal consiste en la intermediación laboral clásica, excluyéndose la selección—, que constituyen una realidad en evidente declive<sup>17</sup>. De otra, las empresas de trabajo temporal, con respecto a las cuales es innegable que el art. 1 de la Ley 3/2012 dio un paso decisivo con la ampliación de su objeto: aunque su actividad principal sigue siendo la cesión de trabajadores, pueden además actuar como agencias de colocación. De modo que, indudablemente, esta actuación forma parte importante de su actividad, como paso previo, pero también autónomo, de la propia puesta a disposición. Y, desde luego, realizan selección, con la autorización de la propia legislación de empleo a la que antes se ha hecho referencia. De nuevo hay que añadir que la selección antes era una actividad instrumental a su exclusivo objeto social, pero que ahora puede desarrollarse como servicio independiente de los demás que presta.

Y, de otra, están las empresas de selección. Por supuesto, las entidades que solo se dedican a esta actividad abundan y sobre ellas el SEPE apenas sistematiza y produce información, muy a pesar del todavía vigente tipo administrativo del art. 15.1 LISOS. No han estado sometidas al requisito de autorización del art. 3 del RD 1796/2010, como sí lo han estado todas las demás entidades que intervienen en la intermediación. Es decir, no les resultan exigibles las garantías previstas en esta norma reglamentaria ni existe en Derecho interno filtro alguno para evitar una actuación en el mercado caracterizada por unos estándares de responsabilidad y una dación de garantías deficitarias, desde el punto de vista legal. Como puede comprobarse con una compulsa de sistemas comparados, la

<sup>17</sup> Como muestra inequívoca, en la página web del SEPE [https://www.sistemanacionalemplo.es/AgenciasColocacion\\_WEB/listadoAgencias.do?modo=inicio](https://www.sistemanacionalemplo.es/AgenciasColocacion_WEB/listadoAgencias.do?modo=inicio) los datos se remontan al año 2007, cuando estas entidades no podían tener ánimo de lucro.

relajación de las exigencias legales ha conducido tradicionalmente a unas estrategias inequívocamente abusivas en detrimento de los derechos de las personas que gestionan<sup>18</sup>.

Desde una perspectiva más normativa, creo que el sistema aún vigente de falta de regulación específica de las empresas de selección vulnera el Convenio 181 de la OIT, porque su actividad se incluye inequívocamente en el art. 1 de esta norma internacional. De este modo, se produce una violación, por falta de normas específicas al respecto, de su art. 3.2<sup>19</sup>. En efecto, este precepto dispone que “todo Miembro deberá determinar, mediante un sistema de licencias o autorizaciones, las condiciones por las que se rige el funcionamiento de las agencias de empleo privadas salvo cuando dichas condiciones estén determinadas de otra forma por la legislación y la práctica nacionales”. Si no se cumple esta excepción —resulta evidente que las condiciones de funcionamiento de las empresas de selección no cuentan con regulación específica— y, por otra parte, no están sometidas a licencia o autorización, no cabe sino concluir esa incompatibilidad del Derecho interno con la normativa imperativa de OIT.

Por consiguiente, debe celebrarse la expresa reconducción de la selección a la intermediación laboral y abogar por un desarrollo reglamentario suficientemente exigente que permita una convivencia de todas las entidades que se dedican a esta actividad suficientemente garantista, transparente y colaboradora con los servicios públicos de empleo. Todas ellas prestan un servicio público esencial para la correcta inserción y desarrollo profesional de las personas trabajadoras.

### 3. LAS NOVEDADES EN LA ACTIVIDAD DE RECOLOCACIÓN

Aunque se trata de una actividad con menos tradición y poso histórico que la de selección, ya desde 2010 ha quedado claro que se incluye con toda naturalidad en la intermediación laboral. En efecto, el art. 14 de la Ley 35/2010 modificó el entonces art. 20 de la Ley 56/2003 para, entre otros fines, para considerar como tal “la actividad destinada a la recolocación de los trabajadores que resultaran excedentes en procesos de reestructuración empresarial”.

La recolocación aparece en la normativa de empleo, pero no como una actividad con vida y autonomía propia, sino más bien dependiente de la previa regulación del art. 51 ET. A este respecto, podría decirse que lo sustantivo ha seguido a lo más adjetivo. En efecto, aunque es en el RD-ley 10/2010,

<sup>18</sup> Sobre las *shark employment agencies* y las *flight-by-night agencies*, resultantes de una absoluta dejación de controles públicos, característica del modelo norteamericano, Cabeza Pereiro, J., “Sobre los porqués del auge de las agencias privadas de empleo”, en AA. VV. (Sierra Benítez, E.M. y Mella Méndez, L., Coords.), *Los actuales cambios sociales y laborales: nuevos retos para el mundo del trabajo. III, Cambios en la intermediación laboral y nuevos retos para el emprendimiento y el empleo decente*, Peter Lang, 2017, págs. 17 ss., en particular *ad* pág. 22 ss.

<sup>19</sup> “Todo Miembro deberá determinar, mediante un sistema de licencias o autorizaciones, las condiciones por las que se rige el funcionamiento de las agencias de empleo privadas salvo cuando dichas condiciones estén determinadas de otra forma por la legislación y la práctica nacionales”.

de 16 junio, cuando primero se reforma el entonces art. 20 de la Ley 56/2003 para incluir la actividad de recolocación entre las de intermediación, enseguida la Ley 35/2010, de 17 septiembre, modificó la regulación de los despidos colectivos para contemplarla como contenido de las fases de consultas destinado a atenuar las consecuencias para trabajadores y trabajadoras afectados, y añadir que se desarrollaría a través de empresas autorizadas. Además, incorporó el antedicho art. 21 bis de la Ley 56/2003 en el que, entre otras cuestiones, se calificaba a las empresas de recolocación como agencias de colocación especializadas.

Más tarde, el RD-ley 3/2012 incluyó un nuevo apartado 10 al art. 51 ET, para establecer el vigente deber de las empresas que lleven a cabo despidos colectivos que afecten a más de 50 personas trabajadoras de ofrecerles un plan de recolocación externa a través de empresas de recolocación autorizadas, con unos contenidos mínimos, y del cual se exceptúa a las entidades en concurso. La propia reforma de 2012, por lo demás, confirió a las empresas de trabajo temporal la posibilidad de actuar como entidades de recolocación, como contenido evidente de su ampliado objeto, al abrírseles la alternativa de desarrollar la actividad de intermediación laboral.

Es decir, la recolocación se regula en estrecha relación con el despido colectivo y como una función al servicio de las decisiones extintivas de esta naturaleza. Tenía su sentido en unas reformas laborales —en particular, la de 2012, aunque, en innegable medida, también la de 2010— que no concebían el despido como *ultima ratio*.

Y, como reflexión adicional, llama la atención cómo se reguló esta actividad en contraste con la de selección: las empresas de *outplacement* fueron reconducidas al ámbito de la actividad de intermediación y del servicio público, de tal manera que su actividad se sometió a los requisitos sustantivos, administrativos y de procedimiento de las agencias de colocación. Aunque, desde luego, su actividad precede en el tiempo a la reforma de 2010, sin duda su adaptación a la normativa básica de empleo fue anterior a la que ahora, y por fin, se produce para las entidades de selección.

Con estos antecedentes, resulta sencillo calibrar la orientación del Proyecto de Ley de Empleo en cuanto a la recolocación, que es deudora, aunque tímidamente, de las nuevas orientaciones que proceden, en esencia, de la reforma laboral de 2021. Hay, primeramente, un aspecto aparentemente formal, pero que pone de manifiesto la importancia que se le quiere otorgar a esta materia: la colocación y recolocación se sitúan en pie de igualdad, en cuanto a la actividad de puesta en contacto de ofertas y demandas de empleo —art. 40.2 b)—.

Pero la clave regulatoria fundamental se contiene en el art. 40.3, que define la recolocación como una colocación especializada que se destina a personas trabajadoras o desempleadas afectadas por procesos de reestructuración empresarial, pero solo cuando sea acordada o establecida con las personas afectadas o sus representantes legales en planes sociales o programas de recolocación, o bien decidida por los servicios públicos de empleo, ya sea de oficio, ya a instancia de las personas afectadas por transiciones industriales o transformaciones en los sectores productivos.

De este modo, la recolocación sigue estrechamente vinculada a la regulación de los despidos colectivos, pero con un ligamen adicional con las instituciones del art. 47 y, en particular, del art. 47 bis del ET. Quizá haya que achacarle al art. 40.3 cierto afán reduccionista, porque probablemente sería

adecuado prever procesos de *outplacement* ante decisiones extintivas que encuentran amparo en otras reglas distintas de los despidos colectivos, como es el caso más evidente de los despidos colectivos menores o de los despidos objetivos, o en otras situaciones próximas, como por ejemplo en las sucesiones de empresa, en particular cuando se producen en el contexto de procesos concursales.

En todo caso, la referencia del art. 40.3 a las decisiones de los servicios públicos de empleo adoptadas en el caso de transiciones industriales o transformaciones en los sectores productivos liga la legislación de empleo con la normativa de los ERTES y, muy en particular, de los ERTES RED, que se ha visto rodeada de una serie de reglas que pueden calificarse de “*outplacement* preventivo”. Entre ellas, así he definido las acciones formativas reguladas en la disposición adicional 25 del ET, en particular las que se dirigen a la adquisición de competencias digitales y las que sean útiles para procurar una recualificación profesional, aunque no guarden relación directa con la actividad desarrollada por la empresa para la que prestan servicios las personas beneficiarias de las mismas<sup>20</sup>. Pero, más en particular, en cuanto a los ERTES RED del art. 47 bis, su apartado 5, además de considerar —letra b)— a los individuos afectados como colectivo prioritario para el acceso a las iniciativas de formación del sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral, alude en su letra c) a “actuaciones efectivas de control de la aplicación del Mecanismo” para las cuales deben coordinarse la Inspección de Trabajo y e organismo gestor de las políticas de empleo. Tales actuaciones —añade el precepto— serán objeto de programación periódica y ejecución continuada. A este respecto, aunque no tienen específicamente una naturaleza de control, habría que aludir a planes de recualificación de las personas afectadas<sup>21</sup>, que tal vez se concreten en la normativa reglamentaria de desarrollo de los arts. 47 y 47 bis ET, todavía pendiente.

Por lo tanto, el art. 40.3, con su referencia expresa a las “transiciones industriales” y a las “transformaciones en los sectores productivos” claramente está apelando a un mayor espectro de las medidas de recolocación, que han de trascender del contexto exclusivo del art. 51.10 ET. Tal vez sería conveniente una modificación explícita del art. 47 en este sentido.

Al igual que la selección, la recolocación y reinserción profesional de las personas trabajadoras afectadas por procesos de reestructuración, como “colocación especializada”, puede ser desarrollada por los servicios públicos de empleo y por agencias de colocación, estén estas últimas dedicadas en exclusiva o no a actividades de *outplacement*. Sin embargo, quizá por la trayectoria práctica que se ha producido en nuestro sistema interno, se trata de una actividad que ha sido hasta ahora capitalizada por el sector privado. Así lo atestigua el propio art. 51.10, cuando prevé que el plan de recolocación externa se desarrolle “a través de empresas de recolocación autorizadas”. Seguramente, este precepto debería ser objeto de una revisión para contemplar que pueda ejecutarse a través de los servicios públicos directamente.

20 Cabeza Pereiro, J., “La metamorfosis de los mecanismos de suspensión del contrato y reducción de jornada en la reforma laboral de 2021”, *Revista Galega de Dereito Social*, núm. 14, 2022, pág. 86.

21 *Ibid.*, pág. 101.

Ahora bien, y sin perjuicio de todo lo dicho, lamentablemente el art. 44 del Proyecto se centra en particular en la actividad de recolocación desarrollada en el entorno de los despidos colectivos, como atestigua claramente la referencia que su apartado 2 realiza al art. 51.10 ET y al art. 9 del Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo<sup>22</sup>. Ciertamente, el art. 9 no es de aplicación a procedimientos diferentes de los de despido colectivo, aunque, en sus aspectos sustantivos, y a falta de otra normativa de desarrollo, su apartado 3 puede servir de orientación para otros procedimientos en cuanto a las medidas que podrían o deberían formar parte del contenido del plan<sup>23</sup>. Solo al final, y de modo muy escueto, el art. 44.2 contempla de nuevo que la actividad de recolocación podrá desarrollarse a iniciativa de los servicios públicos de empleo cuando concurren circunstancias que lo hagan oportuno. Ya se ha puesto de manifiesto la ligazón evidente de los arts. 47 y 47 bis del ET con esta regla, que podría ampliarse a otros casos asimismo aludidos, como el de las sucesiones de empresas producidas en procedimientos concursales —art. 221 del texto refundido de la Ley Concursal—. Pero también, muy en particular, sería importante prever su puesta en marcha en el caso de medidas colectivas producidas en el seno de los mismos, a cuyo respecto tal vez fuera pertinente una interpolación del art. 174 de dicho texto refundido. Más en general, a la vista de medidas de reorganización productiva distintas del despido o de inaplicación de convenios, podría ser pertinente que los servicios públicos, a instancia de parte interesada o de la autoridad laboral, pusieran en marcha procesos de recolocación.

Del mismo modo, y con idéntico sesgo de dirigirse en exclusiva a los despidos colectivos, el apartado 3 del art. 44 establece el objetivo prioritario del retorno al mercado de trabajo de las personas trabajadoras cuyos contratos se hayan extinguido después de los 52 años, evitándose así una discriminación por razón de edad. Sobre este mandato, hay que formular unos comentarios, algunos intrínsecos y otros extrínsecos. En cuanto a los intrínsecos, tiene un elemento reactivo claro de cierta doctrina del TC, la cual admite la utilización del criterio de la edad en los despidos colectivos cuando las personas afectadas cuenten con compensaciones adecuadas, entre ellas la expresamente prevista en el art. 51 de la financiación del convenio especial y la propia prestación de desempleo,

---

22 Sobre este tema, y lamentando el carácter secundario que el plan tiene en el debate sobre los despidos y en la propia fase de consultas, Navarro Nieto, F., "Medidas sociales de acompañamiento y mantenimiento del empleo", en AA. VV., *Reestructuraciones Empresariales. XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, MTESS, Madrid, 2021, págs. 282 ss.

23 "3. El plan de recolocación presentado por la empresa al inicio del procedimiento deberá contener medidas efectivas adecuadas a su finalidad en las siguientes materias:

- a) De intermediación consistentes en la puesta en contacto de las ofertas de trabajo existentes en otras empresas con los trabajadores afectados por el despido colectivo.
- b) De orientación profesional destinadas a la identificación del perfil profesional de los trabajadores para la cobertura de puestos de trabajo en las posibles empresas destinatarias de la recolocación.
- c) De formación profesional dirigidas a la capacitación de los trabajadores para el desempeño de las actividades laborales en dichas empresas.
- d) De atención personalizada destinadas al asesoramiento de los trabajadores respecto de todos los aspectos relacionados con su recolocación, en especial, respecto de la búsqueda activa de empleo por parte de los mismos".

en particular cuando ésta es objeto de mejora<sup>24</sup>. Por lo demás, se inserta en un contexto en el que las personas despedidas de esa franja de edad gozan de una posición especial: el propio convenio especial obligatorio a partir de los 55 años, la aportación al Tesoro Público a partir de los 50 o, ahora, la atención particular en las iniciativas de recolocación.

En cuanto a comentarios extrínsecos, llama la atención el alcance restringido de la medida teniendo en cuenta su vinculación con la normativa de despidos colectivos. Como ya se ha expresado, no es aplicable a las personas que se hayan sometido a un procedimiento concursal. Por otra parte, se limita a despidos que “afecten” a más de cincuenta trabajadores<sup>25</sup>. De modo que no es exigible —a menos que así se pacte, como acuerdo en fase de consultas— en el caso de despidos colectivos menores o en empresas que no alcancen ese umbral de plantilla.

Es decir, el art. 44.3 tiene unos muy limitados efectos, salvo que se desligue del plan previsto y regulado en el art. 51.10 ET. En este sentido, a menos que el art. 44.3 se vincule a otras actividades de recolocación que se desarrollen a iniciativa de los servicios públicos de empleo, su impacto va a ser bastante reducido. Inequívocamente, la referencia del precepto al plan de recolocación externa remite inequívocamente a dicho apartado del art. 51 ET. Pero, desde luego, sería fundamental que esta atención especial a las personas de cincuenta y dos años de edad o más llegase a otras iniciativas de *outplacement*.

Dicho a modo de resumen, la recolocación en el Proyecto de Ley pugna por salir del estricto confinamiento del art. 51.10, pero a través de una regulación muy poco concreta que, en definitivas cuentas, se limita a reconocer la iniciativa de los servicios públicos de empleo. Seguramente, estos deberían actuar allá donde no alcanza el deber legal expresado en dicho precepto. Y, con toda seguridad, sería necesaria una modificación legal en los expedientes no extintivos, en particular los del art. 47 bis, en cuyo seno la mejora de la empleabilidad de las personas afectadas es una preocupación muy importante. Quizá, en estas coyunturas, en las que los contratos de trabajo mantienen su vigencia, aunque en régimen de suspensión o de reducción de jornada, no sean pertinentes todas las actuaciones que contempla el art. 9 del Reglamento de los procedimientos de despidos colectivos, en particular las de intermediación clásica, pero sí la mayoría de ellas, destinadas a mejorar la orientación y la formación, y, en definitiva, prestar un asesoramiento especializado a personas en riesgo de encontrarse en desempleo en un futuro a corto o medio plazo.

## 4. LOS CONTENIDOS “MENORES” DE LA INTERMEDIACIÓN

El proyecto de Ley contiene otras dos actuaciones de las que apenas hay después desarrollo normativo alguno. De una parte, la prospección y captación de ofertas de trabajo. De otra, la puesta a

<sup>24</sup> STC 66/2015, de 13 abril.

<sup>25</sup> A este respecto, la mayoría de los problemas planteados se han referido a problemas de cómputo. Sobre este particular, Navarro Nieto, F., *op. et loc. cit.*

disposición de persona solicitante de empleo de apoyos necesarios para remover las barreras que pueda haber en el proceso de intermediación laboral.

La primera de ellas tiene un relieve evidente e innegable, y se configura lógicamente como una actuación previa y necesaria para la puesta en contacto de demandas y ofertas de empleo. Resulta indudable que el manejo masivo de datos en el marco del Sistema Público Integrado de Información de los Servicios de Empleo debe servir, entre otras finalidades, a una más eficaz intermediación que parta de esta labor prospectiva, en el corto, medio y largo plazo. No se trata solamente de la captación inmediata de ofertas de empleo mediante una búsqueda activa de vacantes disponibles al servicio de la puesta en conexión de las mismas con las personas demandantes de empleo, sino sobre todo de una labor más estratégica en la que los servicios públicos de empleo se anticipen a las necesidades futuras de las empresas. La dinámica de las ofertas de ocupación sin duda tiene una parte impredecible, pero también otra más o menos factible de prever, teniendo en cuenta la evolución de la ocupación y de las plantillas en las empresas y en los sectores productivos.

Esta labor prospectiva y de captación debe orientar, además, las políticas de empleabilidad y tenerse en cuenta en el diseño de los itinerarios personalizados. Pero, sobre todo, pone de manifiesto una función imprescindible de los servicios públicos y de las agencias de colocación, en una visión integral de la intermediación que preste también la atención debida a la vertiente de la oferta de empleo. Esta no solo ha de generarse espontáneamente, sino también a través de una actuación planificada de las entidades de intermediación, que identifiquen las necesidades inmediatas y mediatas de las entidades productivas.

El segundo tipo de actuaciones, más que de intermediación directa, tiene una dimensión básicamente instrumental y dirigida particularmente, aunque no solo, a los colectivos de atención prioritaria del art. 50 del Proyecto. Esta dimensión es compartida con otras políticas de empleo, de tal modo que, como se ha anticipado, quizá debieran regularse con carácter más general y no como instrumentos de intermediación. Se trata de que las circunstancias personales, sociales o familiares de las personas demandantes de empleo no se traduzcan en barreras a lo largo de las actividades incluidas en las letras a), b) y c) del art. 40. A cuyo fin la puesta a disposición del “conjunto de apoyos necesarios” por parte de las entidades encargadas de la prestación del servicio público de intermediación integra el contenido de ésta, aunque no consista intrínsecamente en una actividad homologable a la selección, a la colocación o a la recolocación.

Como quiera que se trata de una actividad incluida dentro de este ámbito en la fase de tramitación parlamentaria de la Ley, el Proyecto no desarrolla cuáles deben ser estos apoyos, si deben ser prestaciones económicas o en especie o qué entidad ha de ser la prestadora de los mismos. En todo caso, tiene un gran valor intrínseco que dicha puesta a disposición se incluya en el art. 40, pues de este modo se garantiza la gratuidad de aquéllos, ya se presten por agencias de colocación —art. 43.3 b)— o por los servicios públicos de empleo —art. 42.4—.

Desde una perspectiva material, tales apoyos forman parte de la espina dorsal de las políticas activas de empleo, trascendiendo el campo de la intermediación en el que se incluyen. Su referencia expresa en el art. 40 pone de manifiesto una perspectiva más multidimensional de las mismas, en

la que se toman en consideración los condicionantes y las barreras que deben superar las personas demandantes de empleo para su plena integración en el mercado de trabajo. Es decir, se apunta una aproximación más integradora, que tiene en cuenta aspectos que trascienden de las políticas activas estrictamente consideradas.

## 5. REFLEXIÓN FINAL

El Proyecto de Ley produce una gran evolución de la intermediación laboral. Si las reformas anteriores se habían desarrollado más bien en el plano subjetivo, con la progresiva integración de los actores privados, primero solo sin ánimo de lucro, después con independencia del mismo, finalmente integrando también a las empresas de trabajo temporal<sup>26</sup>, la contenida en aquél se centra en el propio contenido de la actividad de intermediación, para incluir en él un conjunto de actividades que anteriormente quedaban fuera.

Tiene singular importancia la consideración dentro del servicio público de intermediación de las actividades de selección. De este modo se consideran agencias de colocación unas entidades que prestan un servicio conceptualmente muy próximo a la puesta en relación de las ofertas y demandas de empleo, pero que tradicionalmente ha estado muy escasamente regulado, en contraposición con la actividad de mera colocación, la cual solo de forma progresiva fue apartándose del esquema de monopolio público. Una vez que la iniciativa privada penetró el ámbito de la intermediación había dejado de tener sentido esta separación ontológica entre selección e intermediación, solo clara en el mundo de las ideas. De hecho, las agencias de colocación y los servicios públicos de empleo ya asumían la selección de personas trabajadoras, pero solo como competencia accesorias. La anomalía consistía en que se han mantenido unas entidades privadas dedicadas a la selección con muy escasa regulación legal y muy limitado control público, y actuando totalmente al margen de las instituciones públicas y privadas prestadoras de la actividad de colocación. Que esta situación se supere va en beneficio de una mejor coordinación, una mayor transparencia y un incremento de la eficacia en el proceso de selección, colocación y contratación de personas trabajadoras.

Menos trascendentes han sido las novedades en torno a la actividad de recolocación, aunque, en términos relativos, se ha realizado en el contexto de la intermediación laboral. La regulación del proyecto de Ley sigue demasiado anclada en la lógica de los despidos colectivos y de la regulación de los mismos introducida por la Ley 3/2012. Sin embargo, apunta hacia una consideración más polivalente, en la que pueda ponerse en marcha, cuando menos en cuanto a alguna de las iniciativas susceptibles de incluirse en su seno, cuando no se hayan extinguido contratos de trabajo, pero se asista a procesos de reestructuración empresarial. En particular, tiene un interés sobresaliente que

---

<sup>26</sup> Todo ello, debe añadirse, siguiendo la estela de la ratificación del Convenio nº 181 de OIT.

extienda a los ERTES RED del art. 47 bis ET y, en su consideración subjetiva, que se centre de un modo prioritario en las personas trabajadoras de edad madura.

Sin perjuicio de estas orientaciones y de alguna más que ha sido objeto de consideración en las páginas precedentes, el Proyecto de ley consolida, al menos desde un prisma teórico, un modelo de colaboración público-privada en el que la concurrencia de las agencias de colocación no es un argumento para debilitar el entramado público sino, contrariamente, un acicate para su mejora. Como expresa el art. 42.3, dicha colaboración ha de venir acompañada de un fortalecimiento de los medios públicos del Sistema Nacional de Empleo. Porque solo desde un robusto sustrato público de empleo puede desarrollarse eficazmente una iniciativa privada que lo complemente adecuadamente. Esta mejora recíproca está, sin duda, entre las grandes aportaciones de este Proyecto de Ley, del que cabe esperar razonablemente que en breves fechas se publique ya en el BOE.

## 6. BIBLIOGRAFÍA CITADA

Cabeza Pereiro, J., "La metamorfosis de los mecanismos de suspensión del contrato y reducción de jornada en la reforma laboral de 2021", *Revista Galega de Dereito Social*, núm. 14, 2022.

Cabeza Pereiro, J., "Sobre los porqués del auge de las agencias privadas de empleo", en AA.VV. (Sierra Benítez, E.M. y Mella Méndez, L., Coords.), *Los actuales cambios sociales y laborales: nuevos retos para el mundo del trabajo. III, Cambios en la intermediación laboral y nuevos retos para el emprendimiento y el empleo decente*, Peter Lang, 2017.

Cardona Rubert, M<sup>o</sup>.B., "Las agencias de colocación en el Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo", en AA.VV. (García-Perrote Escartín, I. y Mercader Uguina, J.R., Dirs.), *La reforma laboral 2010*, Lex Nova, Valladolid, 2010.

García Murcia, J., "Las nuevas normas sobre colocación y cesión de trabajadores. Una primera aproximación a la Ley 10/1994 y normas concordantes", *Temas Laborales*, núm. 31, 1994.

Navarro Nieto, F., "Medidas sociales de acompañamiento y mantenimiento del empleo", en AA. VV., *Reestructuraciones Empresariales. XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, MTES, Madrid, 2021.

Valdés Dal-Ré, F., "Proceso de colocación y formación del contrato de trabajo", *Revista de Política Social*, núm. 117, 1978.

## SOBRE LA POSIBILIDAD DE UN CONCEPTO COMÚN Y EXPANSIVO DE TRABAJADOR EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA: A propósito de la “laboralización” de los administradores y consejeros\*

THE POSSIBILITY OF A COMMON AND EXPANSIVE CONCEPT OF EMPLOYEE IN EU LAW:  
Regarding the employment of company administrators and directors

**Carolina Martínez Moreno**

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

*Universidad de Oviedo*

[cmmoreno@uniovi.es](mailto:cmmoreno@uniovi.es) ORCID [0000-0003-2755-7485](https://orcid.org/0000-0003-2755-7485)

Recepción de trabajo: 24-01-2023 - Aceptación: 14-02-2023 - Publicado: 22-03-2023

Páginas: 63-88

■1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES. ■2. LOS ELEMENTOS RELEVANTES DE LA NOCIÓN JURISPRUDENCIAL DE TRABAJADOR EN LA UE. 2.1. Ejercicio de una actividad por cuenta ajena. 2.2. Trabajo subordinado, trabajo autónomo y prestaciones de servicios. ■3. LA RELACIÓN DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE LOS ADMINISTRADORES, CONSEJEROS Y ALTOS EJECUTIVOS DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL. 3.1. La exclusión de los consejeros del ámbito laboral y la delimitación frente a la relación laboral especial de alta dirección. 3.2. El contrato de administración tras la reforma de la Ley de Sociedades de Capital de 2014. ■4. LA SINGULARIDAD DE LA DOCTRINA DEL TJUE EN RELACIÓN CON LOS CONSEJEROS Y SU REPERCUSIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO. ■5. ALGUNAS CONCLUSIONES. ■6. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

\* Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i /PID2020-118499GB-C33, financiado por MCIN/ AEI/10.13039/501100011033/ y “FEDER Una manera de hacer Europa”.

## RESUMEN

La delimitación del ámbito del Derecho del Trabajo y la definición de los contornos del concepto de trabajo asalariado corresponde a la competencia de los Estados y, por consiguiente, a sus respectivos ordenamientos. De modo que el Derecho Social de la UE únicamente se encargaría de aportar algunas referencias meramente instrumentales con la finalidad de garantizar el efecto útil de cada norma. Sin embargo, con el paso del tiempo, esa reconstrucción plural y fragmentaria del concepto que lleva a cabo el TJUE a través del método de casos permitiría advertir que se ha ido conformando una noción verdaderamente autónoma y expansiva de trabajador. Lo que persigue este modesto estudio es, no tanto un recorrido exhaustivo por esa construcción jurisprudencial del concepto de trabajador, cuanto —a propósito de las sentencias referidas a consejeros y administradores de sociedades mercantiles de capital— dar respuesta a un par de preguntas: la primera, si ello ha podido pulverizar nuestra jurisprudencia sobre la teoría del vínculo como criterio delimitador de los consejeros ejecutivos y la alta dirección laboral; y, con ello, dejar seriamente tocada la exclusión del art.1.3 c) ET. La segunda, si tiene sentido la laborización de ese privilegiado colectivo.

**PALABRAS CLAVE:** trabajador, consejero ejecutivo, alta dirección, Derecho de la UE, jurisprudencia.

## ABSTRACT

The delimitation of the field of Labor Law and the concept of salaried work corresponds to the competence of the States and, consequently, to their respective legal systems. So that the Social Law of the EU would only be in charge of providing some merely instrumental references in order to guarantee the useful effect of each norm. However, over time, this plural and fragmentary reconstruction of the concept carried out by the CJEU through the case method would make it possible to notice that a truly autonomous and expansive notion of worker has been taking shape. What this modest study pursues is not so much an exhaustive review of this jurisprudential construction of the concept of worker, as much as —regarding the judgments referring to directors and administrators of capital mercantile companies— to answer a couple of questions: the first, if this has been able to pulverize our jurisprudence on the theory of the link as a delimiting criterion of executive directors and senior labor management; and, with it, leave seriously touched the exclusion of art.1.3 c) ET. The second, if the laborization of this privileged group makes sense.

**KEYWORDS:** worker, employee, executive director, top management, EU law, case law.

## 1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

De acuerdo con una visión del asunto sobre el que versa este estudio que podríamos considerar canónica, la delimitación del ámbito del Derecho del Trabajo y la definición de los contornos del concepto de trabajo asalariado corresponde a la competencia de los Estados y, por consiguiente, a sus respectivos ordenamientos.<sup>1</sup> De modo que el Derecho Social de la UE únicamente se encargaría de aportar algunas referencias meramente instrumentales con la finalidad de garantizar el efecto útil de cada norma,<sup>2</sup> y evitar así que el concepto nacional de trabajador pudiera ser utilizado para eludir la aplicación de la normativa comunitaria, vaciándola de contenido o actuando en contra de los objetivos del Tratado [STJUE de 23-3-82, asunto *Levin* (C-53/81)].<sup>3</sup>

Me parece, sin embargo, que, con el paso del tiempo, esa reconstrucción plural y fragmentaria<sup>4</sup> del concepto que lleva a cabo el TJUE a través del método de casos<sup>5</sup>, en un principio en relación con las normas sobre libre circulación, protección de los trabajadores migrantes y coordinación de los sistemas de seguridad social, más tarde en pronunciamientos referidos a la aplicación de otras disposiciones como las relativas a la tutela de las trabajadoras embarazadas, a los despidos colectivos, a la ordenación del tiempo de trabajo o a los derechos de los trabajadores con contratos de duración determinada, permitiría advertir que se ha ido conformando una noción verdaderamente autónoma y expansiva de trabajador [STJUE de 21-2-18, asunto *Matzak* (C-518/15), sobre la aplicación de la Directiva 2003/88 sobre tiempo de trabajo a un bombero voluntario].

Es más, en los últimos tiempos, en la actividad institucional de la UE se apunta una suerte de vocación de universalización de la protección que se ha de dispensar a quienes realizan una actividad

1 Por todos, Martín Valverde, A. y García Murcia, J., *Derecho del Trabajo*, 31ª ed., Tecnos, Madrid, 2022, pág.183.

2 Me he ocupado de ello en Martínez Moreno, C., "Capítulo 7. El concepto de trabajador", en VVAA., *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia* (Mª E. Casas Baamonde y R. Gil Alburquerque, dir.), 2ª edición revisada y puesta al día, Francis Lefebvre, Madrid, 2018, págs.201 y ss.; ver también Sánchez-Urán Azaña, Y., "Hacia el concepto de trabajador en el Derecho de la Unión Europea, en especial, en la política social propiamente dicha", en *Revista Foro, Nueva época*, vol.20, núm.1, 2017, pág. 285 s.; Cabeza Pereiro, J., "El concepto de trabajador en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", *Documentación Laboral* núm.113, 2018, págs.45 y ss.; y, más recientemente, González-Posada Martínez, E., "La noción de trabajador asalariado y su geometría variable en la UE", *Trabajo y Derecho* 93/2022(Septiembre) núm.93, 1 de sep. de 2022, Smarteca.

3 En similar sentido, y a propósito de la aplicación de la *Directiva 2008/104/UE, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal* (DO 2008, L 327), puede verse el punto 29 de las conclusiones del Abogado General en el caso *Ruhrlandklinik* (TJUE 17-11-16, C-216/15).

4 Ya hace tiempo, y en relación con las normas de coordinación de los sistemas de seguridad social, Carrascosa Bermejo, D., *La coordinación comunitaria de la Seguridad Social. Ley aplicable y vejez en el Reglamento 1408/71*, Madrid, CES, 2004, págs. 71 a 73; y después, Casas Baamonde, Mª E., "Precariedad del trabajo y formas atípicas de empleo, viejas y nuevas ¿Hacia un trabajo digno?", en *Derecho de las Relaciones Laborales* núm. 9, octubre 2017, pág. 871; y Sánchez-Urán Azaña, Y., que se refiere a la «aproximación fragmentaria» a un concepto comunitario de trabajador en "El concepto de trabajador en el contexto de la protección flexible del derecho del trabajo en la Unión Europea", *Revista La Ley Unión Europea*, núm. 50, 2017.

5 O'Brien, CH., Spaventa, E. and De Coninck, J.: *Comparative Report 2015. The concept of worker under Article 45 TFEU and certain non-standard forms of employment*, European Commission, April, 2016 [<https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=15476&langId=en> (última consulta 14-1-2023)].

por cuenta ajena, con independencia de la intensidad de la conexión con el mercado de trabajo, de la singularidad de la relación de prestación de servicios o de la calificación que el vínculo mantenido merezca conforme al derecho nacional. Fundamentalmente, con el propósito de proporcionar amparo y la debida tutela a las formas emergentes y más precarias de trabajo humano.<sup>6</sup> En este sentido, el punto 15 del Preámbulo del Pilar Europeo de Derechos Sociales adoptado en la Cumbre Social de Gotemburgo de 17 de noviembre de 2017 proclamaba que cuando los principios que se consagran en el Pilar Europeo se refieran a los trabajadores, habrá que considerar que conciernen a todas las personas empleadas, o que presten servicios de forma subordinada para otro, al margen de su situación o condición, de la modalidad de empleo y de su duración.<sup>7</sup>

Por otra parte, en virtud del principio de primacía la jurisprudencia del TJUE vincula a los jueces y tribunales españoles (art.4 bis de la LOPJ),<sup>8</sup> por lo que el concepto de elaboración jurisprudencial de trabajador no puede ser desconocido en la aplicación interna del derecho.<sup>9</sup> En este sentido, por poner sólo dos ejemplos recientes y significativos, pueden verse la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea,<sup>10</sup> en cuyo art.1.2, al describir su objeto y finalidad, se refiere al establecimiento de unos derechos mínimos aplicables a los “trabajadores de la Unión que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral conforme a lo definido por la legislación, los convenios colectivos o la práctica vigentes en cada Estado miembro”, pero teniendo a su vez en consideración la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Lo mismo en la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales presentada por la Comisión el 9 de diciembre de 2021,<sup>11</sup> en la que la determinación correcta de la situación laboral de estas personas a los efectos de afirmar la existencia de una relación laboral habrá de llevarse a cabo conforme a la definición de la legislación, los convenios o las prácticas vigentes en los Estados, pero de nuevo teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.<sup>12</sup>

6 Al respecto, vid. Casas Baamonde, M<sup>a</sup> E., “Precariedad del trabajo y formas atípicas de empleo, viejas y nuevas ¿Hacia un trabajo digno?”, *loc.cit.*, que recuerda que ya el Informe Supiot de 1998 marcaba esa tendencia a considerar cualquier relación de empleo –personal *work relation*– con el fin de proteger también a los trabajadores atípicos y más precarios (pág. 867 y 871).

7 El objetivo del Pilar Europeo seguía siendo la lucha contra la precariedad y la pobreza laboral en las proliferantes formas de empleo hiperprecarias, por lo que en el centro del debate se encuentra una vez más la definición de los destinatarios y el concepto de trabajador [sobre las promesas pendientes es interesante esta entrada: [https://www.cidob.org/ca/publicacions/series\\_de\\_publicacio/notes\\_internacionals/nl\\_217/despues\\_de\\_gotemburgo\\_malestar\\_social\\_y\\_promesas\\_pendientes](https://www.cidob.org/ca/publicacions/series_de_publicacio/notes_internacionals/nl_217/despues_de_gotemburgo_malestar_social_y_promesas_pendientes) (consultada el 10 de enero de 2023)].

8 Añadido por el art. único. 2 de la LO 7/2015, de 21 de julio (BOE 22 de julio).

9 Sobre el alcance del principio de primacía en la doctrina constitucional reciente, ver la STC 141/2022, de 14 de noviembre de 2022.

10 DOUE-L-2019-81159.

11 COM(2021) 762 final 2021/0414 (COD) [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021PC0762>].

12 Véase Rojo Torrecilla, E. <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2022/09/espana-y-ue-mas-sobre-repartidores-de.html?m=1>.

Lo que en este momento se propone no es tanto un recorrido exhaustivo por esa construcción jurisprudencial del concepto de trabajador,<sup>13</sup> cuanto —a propósito de las sentencias referidas a consejeros y administradores de sociedades mercantiles de capital— dar respuesta a un par de preguntas: la primera, una que se llevan formulando cierto tiempo tanto la doctrina laboralista como la mercantilista, acerca de si ello ha podido pulverizar nuestra jurisprudencia sobre la teoría del vínculo como criterio delimitador de las figuras societarias y la alta dirección laboral; y, con ello, dejar seriamente tocada la propia exclusión del ámbito laboral de los administradores y consejeros ex art.1.3 c) ET. La segunda, algo más filosófica y tampoco demasiado novedosa ni original, si tiene sentido, alguna utilidad y encaje en esa idea de dignificar el trabajo y amparar toda forma precaria de ocupación la laboralización de ese privilegiado colectivo.

## 2. LOS ELEMENTOS RELEVANTES DE LA NOCIÓN JURISPRUDENCIAL DE TRABAJADOR EN LA UE

La casuística de la que se puede extraer ese concepto de trabajador propio del Derecho de la UE es abrumadora. Así y todo, de la misma se pueden deducir algunos elementos conceptuales que, por cierto, en un principio, no difieren demasiado de nuestra propia jurisprudencia en interpretación del alcance del art. 1.1 ET. Y así, como dice el propio TJUE,<sup>14</sup> la calificación de una actividad como trabajo asalariado debe atender no a la existencia de un contrato formal ni a la naturaleza que las partes le hayan atribuido —nuestra irrelevancia del *nomen iuris*—, sino a la concurrencia de los criterios objetivos que caracterizan a una relación laboral, en atención a la posición, y a los derechos y deberes de las personas concernidas. Cosa distinta, es que ello concuerde igualmente con nuestro elenco de exclusiones del ámbito laboral ex art.1.3 ET, lo que es particularmente claro en el caso del empleo público incluso en régimen funcional, al que se consideran de aplicación numerosas disposiciones del derecho de la UE.<sup>15</sup> O que el propio ámbito de aplicación de algunas de esas disposiciones desborde los contornos del trabajo asalariado, como también se comprobará.

### 2.1. Ejercicio de una actividad por cuenta ajena

Este primer presupuesto ya en sí mismo es objeto de una interpretación extensiva o amplia, en la medida en que lo único que se exige es que la persona mantenga un vínculo real con el mercado de

13 Que ya hice en el citado trabajo Martínez Moreno, C., "Capítulo 7. El concepto de trabajador", en VV.AA., *Derecho Social de la Unión Europea...cit.*, págs.201 y ss.; y en la tercera edición de esa misma obra que se encuentra en prensa.

14 Como dice la muy relevante para el objeto de este estudio STJUE de 11-4-19, *Bosworth y Hurley* (C-603/17).

15 Un muestreo en Martínez Moreno, C., "Capítulo 7. El concepto de trabajador", en VV.AA., *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia, cit.*, págs.201 y ss.; monográficamente, en esa misma obra, Dueñas Herrero, L.J., "Capítulo 44. Empleo público", págs.1181 y ss.

## SOBRE LA POSIBILIDAD DE UN CONCEPTO COMÚN Y EXPANSIVO DE TRABAJADOR EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

trabajo; bien por ejercer actualmente una actividad, o por haberlo hecho con anterioridad; incluso en el caso de personas inactivas, siempre que se pueda considerar que están a la espera de poder encontrar un trabajo [STJUE de 4-6-09, asunto *Vatsouras* (C-22/08); o STJUE de 20-12-17, asunto *Gusa* (C-442/16), referida, por cierto, a un escayolista autónomo que, tras residir y trabajar por cuenta propia en otro Estado miembro, abandona esa actividad por falta de ocupación y se inscribe como demandante de empleo].<sup>16</sup>

La ajenidad en el trabajo y la remuneración aparecen asimismo y con mayor claridad en muchos otros pronunciamientos [STJUE de 4-2-10, *Genc* (C-14/09)]—; <sup>17</sup>siendo irrelevante si la jornada es de escasa entidad, como ocurre con el trabajo a demanda, a llamada o con parcialidad extrema (trabajo “a migajas”), o si los ingresos no alcanzan siquiera el mínimo de subsistencia y han de ser completados con otras rentas o ayudas.<sup>18</sup> Tal es lo que acontece en el supuesto sobre el que versa la STJUE 13-7-89, *Rinner-Kühn* (C-171/88), a propósito de la eventual discriminación por razón de sexo<sup>19</sup> como consecuencia de excluir de la normativa alemana sobre protección durante la baja por enfermedad a una trabajadora como la Sra. Rinner-Kühn que limpia por horas y realiza una jornada inferior a diez horas semanales o cuarenta y cinco mensuales. También la STJUE de 4-6-09, *Vatsouras* (C-22/08),<sup>20</sup> en relación a una persona que había realizado un período de prácticas profesionales por término de diez semanas; o la STJUE de 14-10-10, *Union Syndicale Solidaires Isère* (C-428/09), sobre la aplicación de la Directiva sobre tiempo de trabajo a los titulares de contratos de participación en la educación que ejercen actividades ocasionales y de temporada en centros de vacaciones y de ocio y trabajan un máximo de 80 días al año. Y, sobre todo, en la STJUE de 26-3-15, *Fenoll* (C-316/13), que de nuevo sostiene que es preciso acudir a la noción propia y autónoma de trabajador del derecho de la Unión para declarar la aplicación de la Directiva 2003/88/CE —que no contiene una definición ni remite a la normativa de los Estados— y del art.31.2 de la Carta en relación con el disfrute de las vacaciones por un discapacitado que prestaba servicios en un centro de ayuda para la inserción social, donde también recibía apoyo para la recuperación, recibiendo a cambio una retribución de cuantía muy escasa. Y ello pese a que a la luz del derecho nacional la relación tenga una naturaleza *sui generis*.<sup>21</sup> Siempre, eso sí, que los servicios se presten en las condiciones propias del trabajo asalariado,<sup>22</sup> va-

16 Con anterioridad, SSTJUE de 19-3-64, *Unger* (C-75/63); 23-3-82, *Levin* (C-53/81); y 3-6-86, *Kempf* (C-139/85).

17 Con referencia, entre otras, a la STJUE de 3-7-86, *Lawrie-Blum* (C-66/85); y asunto TJUE 7-9-04 Trojani, C-456/02.

18 SSTJUE de 3-6-86, *Kempf* (C-139/85); 31-5-99, *Betray* (C-344/87); y 30-3-06 *Mattern y Cikotic* (C-10/05).

19 Con la consiguiente vulneración de lo dispuesto en la Dir 75/117/CEE del Consejo, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos (DO L 45, pág. 19; EE 05/02, pág. 52).

20 Que a su vez remite a las SSTJUE 26-2-92, *Bernini* (C-3/90); y de 6-11-03, *Ninni-Orasche* (C-413/01).

21 Sobre la irrelevancia de la naturaleza que a la relación jurídica le atribuya la legislación nacional, la STJUE 20-11-18, *Sindicatul Familia Constanța* (C-147/17).

22 Recuérdese la ya citada STJUE de 21-2-18, *Matzak* (C-518/1), también a propósito de la aplicación de la Directiva sobre tiempo de trabajo a un bombero voluntario. Ver también la STJUE de 7-7-22, *Zone de secours Hainaut-Centre* (C-377/21) ECLI:EU:C:2022:530, sobre el cómputo del tiempo de servicios de quien los ha prestado como voluntario a tiempo parcial para el cálculo de la retribución de la antigüedad.

## SOBRE LA POSIBILIDAD DE UN CONCEPTO COMÚN Y EXPANSIVO DE TRABAJADOR EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

lorándose en el caso que a la entidad también le reportaba cierto beneficio o rentabilidad la labor desarrollada por esa persona.

El TJUE recurre con frecuencia para comprobar si concurren los rasgos propios de un trabajo por cuenta ajena al método indiciario, por ejemplo, por haberse disfrutado de algunos derechos típicamente laborales [STJUE de 17-11-16, *Ruhrlandklinik* (C-216/15)]. Orientación que comparte la petición que el Parlamento Europeo dirige a los Estados miembros para que tomen en cuenta la Recomendación 198 de la OIT, sobre la relación de trabajo (2006), que incorpora indicadores tales como la integración de la persona en la organización de la empresa, la realización de la prestación en un horario o lugar determinado, la disponibilidad del trabajador, el suministro de herramientas, maquinaria o materiales por el empleador, la retribución periódica, o el disfrute de los descansos semanales<sup>23</sup>. Sin perjuicio de que haya sido necesaria una revisión, adaptación o actualización de esos indicios para las nuevas formas de trabajo.<sup>24</sup>

Pese a todo —y ello no deja de ser un tanto contradictorio con lo que se acaba de decir—, se ha venido al mismo tiempo admitiendo la posibilidad de excluir la aplicación de la normativa de la UE en el caso de actividades de muy reducida entidad o realizadas a muy pequeña escala, merecedoras de la consideración de marginales. Porque así, en efecto, ocurre en ciertos ordenamientos, en los que se excluye del ámbito de la legislación laboral a los llamados *casual workers*.<sup>25</sup> Esta diversidad nacional constituye a su vez el principal problema para delimitar qué se entiende por “marginal”<sup>26</sup>. La contradicción o falta de criterio unívoco y seguro se desprende de la propia doctrina del TJUE que intenta hacer compatible la posible exclusión a la vez que —como ya hemos visto ocurre en la recién mencionada sentencia *Genc*—<sup>27</sup> no descarte que pueda considerarse en esos casos que hay trabajo por cuenta ajena. De nuevo en relación con trabajadoras de la limpieza con jornada de 10 horas por semana y retribución que no excedía de una séptima parte de la base mensual de referencia, y a los efectos de la aplicación de la Directiva 79/7, de igualdad de trato, lo dice el TJUE en la sentencia *Megner*, STJUE de 14-12-95 (C-444/93). Donde además considera que la protección a los migrantes que pretende dispensar esa disposición ha de aplicarse a toda la población activa, incluidos los trabajadores independientes, o en situación de inactividad por enfermedad, accidente o paro involuntario, a quienes busquen empleo y, en fin, a los jubilados o inválidos. Y concluye que esos “empleos meno-

23 De nuevo, véase, Casas Baamonde, M<sup>a</sup> E.: *loc.cit.*, pág. 871 y 872.

24 Casas Baamonde, M<sup>a</sup> E., *loc. cit.*, recogiendo algunas de las consideraciones del Abogado General, Sr. Maciej Szpunar en el asunto «Asociación Profesional Élite Taxi contra Uber Systems Spain, S.L.» (TJUE 20-12-17, Asociación Profesional Elite Taxi C-434/15), pág. 875.

25 Martínez Moreno, C., “¿Puede ser el contrato a tiempo parcial un verdadero instrumento de política de empleo?”, en *Revista Derecho Social y Empresa. Monográfico Siglo XXI: ¿Derecho del trabajo versus Derecho del Empleo?*, núm. 2, diciembre 2014, pág. 79-114.

26 Lo destacan O'Brien, CH., Spaventa, E. and De Coninck, J., *Comparative Report 2015: The concept of worker under Article 45 TFEU and certain non-standard forms of employment, cit.*

27 STJUE de 4-2-10, *Genc* (C-14/09).

res” forman parte también de esa población activa.<sup>28</sup> La conclusión más plausible es la que apunta no sólo a una interpretación sumamente restrictiva del alcance de la exclusión de la marginalidad, sino a una inclusión de cualquier empleo en la noción de relación laboral, de los *casual workers*, pero también de los trabajadores “a la carta”, “a demanda” o en régimen de externalización abierta (*crowdsourcing*). Sólo así se podrá luchar contra la precariedad y la explotación.<sup>29</sup>

## 2.2. Trabajo subordinado, trabajo autónomo y prestaciones de servicios

Por lo que atañe a la nota de subordinación, el TJUE distingue tres nociones: trabajador por cuenta ajena; trabajador independiente, por cuenta propia o autónomo —también “falsos autónomos”—,<sup>30</sup> y “prestador de servicios”, esta última figura, con toda probabilidad, asimilable a las relaciones de naturaleza civil y mercantil.<sup>31</sup> Distinción que aparece, por ejemplo, en la STJUE de 15-6-06, *Comisión/Francia* (C-255/04). Optando por una acepción de subordinación que no difiere de la nuestra, que a través de una comprensión indiciaria, gradual, diversificada y flexible ha permitido dos cosas, el engrosamiento o expansión del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo, y la solución de los casos fronterizos más difíciles. Como demuestra no sólo la doctrina sobre trabajadores de plataformas digitales de reparto contenida en la primera sentencia sobre la laboralidad de un recadero de Glovo [STS de 25.9.2020 (Rec.4746/19) ECLI:ES:TS:2020:2924],<sup>32</sup> sino los más recientes pronunciamientos sobre la laboralidad de la relación, referidos a un auxiliar de una entidad aseguradora cuya actividad principal consiste en el cobro domiciliario de los seguros [STS de 28-9-2022 (Rec.930/19)], o a los técnicos (arquitectos e ingenieros) de ciertos Ayuntamientos (en el caso, el de Albalat de la Ribera) contratados al amparo de un convenio de colaboración suscrito entre la Diputación de Valencia y los respectivos colegios profesionales, al que se adhiere el ente local de referencia [STS de 28-9-2022 (Rec.2113/2019)].

28 Pueden verse también la SSTJUE de 16-7-2020, *UX contra Governo della Repubblica italiana* (C-658/18), referida a una juez de paz; y TJUE de 7-4-22, *PG contra Ministerio de Justicia y otros* (C-236/20).

29 De nuevo, O'Brien, CH., Spaventa, E. and De Coninck, J., *Comparative Report 2015: The concept of worker under Article 45 TFEU and certain non-standard forms of employment*, cit. (última consulta el 14-1-2023). Y en relación con la aplicación de la normativa europea sobre tiempo de trabajo, Casas Baamonde, M<sup>a</sup> E., *loc.cit.*, págs.876-877.

30 STJUE de 4-12-14, *FNV Kunsten Informatie en Media* (C-413/13), donde se afirma que un operador económico independiente puede ser asimilado a un trabajador cuando no determina de forma autónoma su comportamiento en el mercado, sino que depende completamente de su comitente, no soporta ninguno de los riesgos financieros y comerciales resultantes de la actividad y opera como auxiliar integrado en la empresa de aquel [STJUE de 14-12-06, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio* (C-217/05); y las famosas STJUE de 20-12-17, *Asociación profesional Elite Taxi* (C-434/15), y STJUE de 10-4-18, *Uber France* (C-320/16), con cita de las SSTJUE de 13-1-04, *Allonby* (C-256/01), 14-12-89, *Agegate* (C-3/87) y 16-9-99 *Becu* y otros (C-22/98).

31 Un análisis monográfico de las distintas figuras y situaciones puede encontrarse en AA.VV. (dir. García Murcia, J.), *El trabajo autónomo y otras formas de trabajo no asalariado*, Thomson-Aranzadi, 2007. El Derecho británico lo expresa con claridad, incluso terminológicamente, al distinguir entre el *employee* y el *worker*.

32 Ver por todos, Alvarez Alonso, D. y Martínez Moreno, C., “Trabajo y plataformas digitales: primera sentencia del Tribunal Supremo a propósito de un repartidor de Glovo”, *Trabajo y Derecho* 72/2020 (Diciembre), núm.72, 1 de dic. de 2020, Editorial Wolters Kluwer.

Muestra de esa doctrina —y de su concordancia con nuestra jurisprudencia— pueden ser, por una parte, el Auto TJUE de 22-4-2020, asunto *Yodel Delivery Network* (C-692/19), que, a los efectos de la aplicación de la Directiva 2003/88 sobre tiempo de trabajo, descarta la consideración como trabajador de un repartidor de paquetería autónomo que puede contar con sustitutos o auxiliares, rechazar o limitar los encargos que se le encomiendan, trabajar para empresas competidoras y fijar franjas horarias de disponibilidad, cobrando en función de los paquetes repartidos. O la aún más reciente STJUE de 12-1-2023, asunto *JK* (C356/21), referida a un colaborador independiente contratado para prestar sus servicios para una sociedad que explota una cadena de televisión pública polaca, a quien se dejó de ocupar tras emitir en el canal de YouTube un video celebrando la Navidad con su pareja del mismo sexo. Y en la que se concluye que esa decisión es discriminatoria por razón de orientación sexual y contraria a la Directiva 2000/78. Lo relevante ahora es que considera que dicha disposición no pretende proteger únicamente a los trabajadores como parte más débil de una relación laboral, sino que tiene por objeto eliminar, por razones de interés social y público, todos los obstáculos basados en motivos discriminatorios para acceder a los medios de subsistencia y contribuir a la sociedad mediante el trabajo, cualquiera que sea la forma jurídica en cuya virtud este último se presta,<sup>33</sup> incluidas las actividades por cuenta propia.

La presencia de la nota de subordinación en situaciones similares a la del trabajo familiar<sup>34</sup> se analiza en el asunto *Hälvä* y otros (STJUE de 26-7-17, C-175/16), sobre los gestores —“madres y padres sustitutos”— de una aldea infantil organizada en régimen análogo al de una familia. Y en la ya citada STJUE 20-11-18, *Sindicatul Familia Constanța* (C-147/17), ambas sobre la aplicación de la Directiva 2003/88 sobre tiempo de trabajo. Y que en este segundo caso se descarta por considerarla incompatible con la situación de los acogedores familiares profesionales que integran en su hogar y su entorno familiar de manera prolongada en el tiempo al menor que queda a su cuidado. La convivencia familiar y el cuidado de las personas que integran esa unidad de vida no admite interrupciones.

No estará de más, antes de concluir este intensivo y rápido repaso, llamar la atención sobre una doctrina del TJUE que complementa todo lo ya dicho, relativa a la idea de la participación del trabajador en una actividad económica y a quién puede atribuirse la condición de empresario. Son ilustrativos, a estos efectos, asuntos como el ya aludido *Ruhrlandklinik* (STJUE 17-11-16, C-216/15),<sup>35</sup> en el que se considera efectivamente que constituye una actividad económica la que desarrolla una entidad benéfica que pone a disposición de una clínica a una enfermera a cambio de una compensación económica. O el supuesto sobre el que trata la STJUE de 5-10-88, *Udo Steymann* (C-196/87), referida a una comunidad religiosa<sup>36</sup> para la que el interesado realizaba labores de fontanería y participaba en

33 Con referencia a la STJUE de 2-6-2022, *HK/Danmark y HK/Privat* (C587/20), EU:C:2022:419 (apartados 28 y 34 y jurisprudencia citada).

34 Respecto de la ajenidad en relación con trabajos familiares, la STJUE de 8-6-99, *Meeusen* (C-337/97), por la existencia de un vínculo de matrimonio con el director y único propietario del capital social de la sociedad; con referencia a la STJUE de 27-6-96, *Asscher* (C-107/94).

35 En relación con la aplicación de la normativa sobre el trabajo a través de ETTs.

36 Aunque el TJUE considera que podría tratarse de cualquier otra comunidad basada en una fuente de inspiración espiritual o filosófica.

las de tipo comercial de la misma congregación a cambio de ciertas ventajas materiales. Por último, la STJUE, Gran Sala, de 4-6-2020, *AFMB* y otros (C-610/18), a propósito de la aplicación de los Reglamentos 1408/71 y 883/2004, sobre Seguridad Social de trabajadores migrantes, y la determinación de la legislación aplicable en el caso de una empresa chipriota que concierta con empresas holandesas de transporte la gestión de su flota de camiones en los Países Bajos y contrata conductores residentes en Holanda. En sus conclusiones, el abogado general vuelve a partir, por un lado, de la inexistencia de un concepto europeo propio de empleador, y de la falta de remisión en la normativa de referencia a los conceptos nacionales; para subrayar, por otro, la necesidad de una interpretación autónoma y uniforme por cuanto el concepto de empleador será el punto de conexión para la aplicación de la norma de conflicto dirigida a designar el derecho aplicable. Y todo ello, con el fin de garantizar la efectividad del mecanismo de coordinación de los diversos sistemas de seguridad social y de evitar prácticas elusivas. Concluyendo que será empleador en el caso de conductores de vehículos pesados por cuenta ajena en el transporte internacional por carretera la empresa de transporte que ha contratado al interesado, en la que este último está efectivamente empleado por tiempo indefinido, permaneciendo a su plena disposición, y el que ejerce el poder de dirección efectivo sobre el mismo y a la que efectivamente incumben los costes salariales. En el caso, las compañías holandesas, y no la chipriota *AFMB*.

### 3. LA RELACIÓN DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE LOS ADMINISTRADORES, CONSEJEROS Y ALTOS EJECUTIVOS DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

Tal y como se apuntó al comienzo, el principal propósito que mueve este breve estudio es tratar de comprobar si existe alguna discordancia entre la doctrina del TJUE en relación con el engarce de esas figuras en el concepto de trabajador que maneja del Tribunal a los efectos de la aplicación de ciertas disposiciones y la solución adoptada en nuestro ordenamiento interno; y las consecuencias que ello podría tener, en esencia, en forma de vaciamiento de contenido de la exclusión contenida en art.1.3 c) ET y desplazamiento de la doctrina de la naturaleza del vínculo que venimos esgrimiendo y utilizando para delimitar la figura contractual laboral de la alta dirección de la del administrador societario y consejero ejecutivo.

#### 3.1. La exclusión de los consejeros del ámbito laboral y la delimitación frente a la relación laboral especial de alta dirección

La primera pregunta a la que habría que responder es la relativa a las razones de la exclusión que lleva a cabo el citado art.1.3 c) ET en relación con la actividad “que se limite, pura y simplemente,

al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa solo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo.”

Simplificando al máximo una materia que ha sido siempre difícil,<sup>37</sup> la explicación la ofrecía la teoría orgánica, en virtud de la cual los administradores desarrollan su labor como parte integrante del órgano que personifica a la entidad societaria, de manera que no hay diferencia entre la personalidad de dicho ente, la de las personas físicas que conforman y actúan su voluntad; no hay, pues, alteridad; ni, por consiguiente, puede haber una relación de dependencia o subordinación. En definitiva, esos vínculos que unen a los administradores con la sociedad se rigen por el derecho mercantil, por el derecho de sociedades [STS de 22-12-1994 (Rec.2889/93) ECLI:ES:TS:1994:8853]]. Este pronunciamiento, que va precedido de una amplia y reiterada jurisprudencia no sólo de la Sala de lo Social, sino también de la Sala de lo Civil<sup>38</sup> y la de lo Contencioso-administrativo del TS,<sup>39</sup> destaca a su vez que todas las actividades de dirección, administración, gestión y representación son propias y típicas de los órganos de administración de las compañías mercantiles, cualquiera que sea la forma que adopten, por lo que es equivocado entender que dichos órganos se limiten a las funciones meramente consultivas o de simple consejo. De este modo, quedaba desprovista de sentido y alcance alguno la referencia del art.1.3 c) ET a los “cometidos inherentes al cargo”. La exclusión era omni-comprehensiva para cualquier integrante del órgano de administración de la sociedad, cualquiera que fuera la forma organizativa adoptada.<sup>40</sup>

Cuando en el año 1985 se articula por fin la relación laboral especial de alta dirección al aprobarse el RD 1.382/1985, de 1 de agosto (RDAD)<sup>41</sup> surgirá una segunda cuestión, íntimamente relacionada con la anterior, que es la separación entre las figuras de los administradores y consejeros, sobre todo los ejecutivos —excluidos del ámbito laboral— y el personal de alta dirección al que sí se atribuye carácter laboral. Y al respecto, lo que se razona es que no es posible distinguir funcionalmente a un consejero ejecutivo —un consejero delegado en la mayor parte de los casos litigiosos— de un alto

37 Lo traté ya en Martínez Moreno, C., *El personal de alta dirección, concepto y características*, CES, Madrid, 1995, págs.59-64 y 88-99; y más tarde en Martínez Moreno, C., “La prestación de servicios de los consejeros y administradores sociales”, en VV.AA., (dir. García Murcia, J), *El trabajo autónomo y otras formas de trabajo no asalariado*, cit., págs.191 y ss.; pero resultan de cita obligada los estudios de Desdentado Bonete, A. y Desdentado Aroca, E., *Administradores sociales, altos directivos y socios trabajadores*, Valladolid, 2000; Limón Luque, M.A., *Administradores y directivos de las sociedades mercantiles capitalistas: su configuración como relación laboral y su encuadramiento en la Seguridad Social*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004; y de nuevo Desdentado Bonete, A. y Desdentado Daroca, E., “En los límites del contrato de trabajo: administradores y socios”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 83, 2009.

38 Entre otras muchas posteriores, STS, Civil, de 18-6-2013 (Rec. 365/2011).

39 Paz-Ares, C., “*Ad impossibilia nemo tenetur (o por qué recelar de la novísima jurisprudencia sobre retribución de administradores)*”, *InDret* 2.2009 [versión digital en <https://indret.com/ad-impossibilia-nemo-tenetur-o-por-que-recelar-de-la-novissima-jurisprudencia-sobre-retribucion-de-administradores/> (consultada el 23 de enero de 2023)].

40 Al respecto, Paz-Ares, C., *loc.cit.cit.*, considera que ello es producto de un error, que es enjuiciar las formas simples de gobierno societario con las más complejas, en las que la asunción de funciones ejecutivas desborda la condición y atribuciones del administrador o mero consejero.

41 BOE 12 de agosto.

directivo en régimen asalariado, que asume “poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa... con plena responsabilidad” (art.1.2 RDAD). Y que la única diferencia entre ambas figuras o posiciones está en el tipo de vinculación que les une a la compañía, orgánica y mercantil, o laboral especial. Esta es la solución que precipita definitivamente en la muy conocida *sentencia Huarte I* [STS de 19-9-1988 (ECLI:ES:TS:1988:6277)] y que se mantiene en otros muchos pronunciamientos posteriores.<sup>42</sup>

Es cierto que en algún momento la doctrina mercantilista esbozó un intento de distinción entre la gestión de la sociedad y la gestión y dirección de la empresa,<sup>43</sup> que hubiera podido servir de base para una diferenciación de las figuras desde un punto de vista funcional. Sin embargo, son los mismos autores en plantear esta hipótesis los que la descartan,<sup>44</sup> considerando que no es compatible con el modo en que nuestro ordenamiento configura la posición y las atribuciones de estos cargos, a los que el art. 209 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC)<sup>45</sup> encomienda la gestión y representación de la sociedad en los términos establecidos en la propia ley. Entendido que la gestión tiene una extensión global e igual sea cual sea la forma que adopte el órgano de administración.

Pero ni esa doctrina es del todo unánime, como enseguida se dirá, ni la práctica societaria discurre por esos simples derroteros. Tal vez por la complejidad creciente de las funciones de gestión y representación propias de los administradores de las sociedades de capital, la consiguiente necesaria profesionalización de esos puestos,<sup>46</sup> que implica a su vez una elevada cualificación técnica y una especial intensidad en la dedicación;<sup>47</sup> la propia diversificación de las fórmulas de organización

42 STS 21-1-1991, ECLI:ES:TS:1991:2452, con comentario de Sánchez-Urán Azaña, Y., “La teoría del vínculo como elemento determinante de la exclusión de laboralidad de los administradores de sociedades”, en Sempere Navarro, A.V., *La obra jurídica de Aurelio Desdentado Bonete*, Agencia Estatal BOE, Madrid, 2021, págs.735 y ss. Y en posteriores SSTs de 27-1-92 (Rec.1368/91), 11-3-94 (Rec.1318/93), la ya citada de 22-12-94 (Rec.2889/93), 16-6-98 (Rec.5062/97), de 20-12-1999 (R.J. 1999, 10030), 20-11-02 (Rec.337/02), 26-12-07 (Rec.1652/06), 9-12-2009, 12-3-2014 (Rec.3316/12), 28-11-2017 (Rec.3341/2015), 9-3-2022 (Rec.742/2019), y aunque no entre en el fondo por falta de contradicción, la de 26-4-2022 (Rec.2890/2020) ECLI:ES:TS:2022:1665.

43 Iglesias Prada, J. L., *Administración y delegación de facultades en la sociedad anónima*, Madrid, 1971, págs. 277-279; Rodríguez Artigas, F., *Consejeros delegados, comisiones ejecutivas y consejos de administración*, Madrid, 1971, págs. 360-361; Salinas Adelantado, C., *Revista General de Derecho* 584, 1993, pág. 4993; Sánchez Gimeno, S., *Las prestaciones de servicios u obra de los administradores de las sociedades de capital*, Madrid, 2004, págs. 109-112; doctrina que yo misma recogí en Martínez Moreno, C., *El personal de alta dirección, concepto y características*, cit., págs. 59-64 y 88-99.

44 El propio Iglesias Prada, J. L., *Administración y delegación de facultades en la sociedad anónima*, cit., pág.388; y Desdentado Bonete, A. y Desdentado Daroca, E., “En los límites del contrato de trabajo: administradores y socios”, *loc.cit.*, pág.43.

45 *Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital* (BOE 3 de julio).

46 Con reciente inclusión de la perspectiva de género y reforzamiento del principio de presencia equilibrada ex *Directiva (UE) 2022/2381 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de noviembre de 2022 relativa a un mejor equilibrio de género entre los administradores de las sociedades cotizadas y a medidas conexas* (L 315/44 ES DO UE 7.12.2022) [<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/12/de-2012-2022-para-su-aprobacion-hasta.html?m=1> (última consulta el 24 de enero de 2023)].

47 Lo subraya Hernando Cebriá, L., “El deber general de diligencia: artículo 225”, en Hernando Cebriá, L. y Alfonso Sánchez, R., *Régimen de deberes y responsabilidades de los administradores en las sociedades de capital: adaptado a la modificación de la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo*, págs.59 y ss.

con el consiguiente reparto de roles entre consejeros activos o ejecutivos y meramente consultivos o deliberativos;<sup>48</sup> y, en fin, la insuficiencia de las reglas del derecho de sociedades y el simplismo del art. 1.3 c) ET, lo cierto es que los tribunales acabaron aceptando no sólo la posibilidad de la doble condición de cargo orgánico y trabajador de alta dirección, sino la estipulación de condiciones contractuales añadidas a la relación mercantil, fundamentalmente en materia retributiva y prestacional complementaria.

La prueba de ello se encuentra, por ejemplo, en la STS, Social, de 26-2-2003 (Rec.2401/2002) ECLI:ES:TS:2003:1278,<sup>49</sup> que aunque no entre en el fondo del asunto por falta de contradicción, se dicta en un recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por la empresa demandada contra la STSJ de Asturias, Sala de lo Social, de 3-5-2002 (Rec.1410/01), que, confirmando la solución estimatoria de la pretensión actora recaída en la instancia, había condenado a la empresa al abono de un complemento de pensión de jubilación a un directivo que había compaginado el cargo de consejero delegado con un contrato de alta dirección, que había servido justamente para instrumentar el pacto retributivo. La Sala, pese a no resolver el fondo, no deja de hacer algunas consideraciones de interés, subrayando la existencia de criterios contradictorios, algunos proclives a aceptar la simultaneidad de vínculos o la laboralidad de la relación;<sup>50</sup> y, lo que es más interesante, destacando dos aspectos del problema que considera sobresalientes: uno de carácter práctico, y que roza la justicia material, sobre la falta de razonabilidad —y de fidelidad a la palabra dada— que es dejar jurídicamente desamparado a quien ha quedado vinculado con la sociedad mediante un pacto específico, considerando que es secundario cómo se califique luego ese pacto, si como generador de una relación de servicios civil o mercantil, o de una relación de alta dirección laboral. Y un segundo aspecto, de carácter dogmático o conceptual, que se puede resumir en la idea de que mediante ese tipo de acuerdos se asume una “gestión por encargo” con plena dedicación, incluso con pacto de no competencia con compromiso de no gestionar otras entidades, que dan lugar a una figura y un estatuto jurídico que en modo alguno puede confundirse o superponerse al de administrador societario.

Sin embargo, muy poco después, la STS de 17-7-2003 (Rec.4118/2002), sobre el encuadramiento a tiempo parcial de un administrador único que suscribió con la entidad un contrato como gerente con ese tipo de dedicación, se reafirma en la incompatibilidad. Mientras que en el caso *Hispatat* la

48 Alfaro Águila-Real, J., “Adiós a la teoría del vínculo”, *Almacén de Derecho*, Derecho laboral, Derecho mercantil, 16 de diciembre de 2015, <http://almacenederecho.org/adios-a-la-teoria-del-vinculo/> (última consulta 16 de enero de 2023); y Paz-Arez, C., “El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos”, *Indret*, *Revista para el análisis del Derecho*, 2008, núm. 1, pág.12.

49 García-Perrote Escartín, I., “¿Hacia la compatibilidad entre la condición de consejero delegado y de alto directivo laboral? La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2003”, *Información Laboral*, núm.3, 2003.

50 STS de 25-10-1990 (Rec.311/90); de 13-5-1991 (Rec.977/90), si en las normas estatutarias esté prevista la diversificación de cargos y la separación y distribución de sus respectivos cometidos; y, en fecha más reciente, la STS de 24-10-2000 (Rec.292/99).

## SOBRE LA POSIBILIDAD DE UN CONCEPTO COMÚN Y EXPANSIVO DE TRABAJADOR EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

STS de 25-6-2013 (Rec.1469/11)<sup>51</sup> se considera irrelevante el contrato laboral de alta dirección suscrito en la medida —se dice— en que el interesado únicamente desempeñó las labores propias del cargo de administrador y consejero delegado.

Por su parte, la Sala de lo Civil tampoco había sido ajena a los vaivenes doctrinales, habiendo negado la posibilidad del pacto indemnizatorio por ir en contra de la normativa societaria sobre libre cese de los administradores en la STS de 20-12-1992 (Rec.1196/91), *Huarte II*; para luego admitir la acumulación de condiciones y la validez del acuerdo contractual sobre retribuciones e indemnización en la STS de 9-5-2001 (Rec.1058/96), *caso Mattel*.<sup>52</sup> Más tarde reiterar la doctrina Huarte [STS, Civil, de 21-4-2005 (Rec.4351/1998)]; volver a considerar válidos los pactos retributivos o indemnizatorios y la superposición de contratos de alta dirección en administradores y consejeros en las SSTs de 27-3-2003 (Rec.2398/97) y 24-4-2007 (Rec.735/2000); y reafirmarse en que no es posible ni fácil superponer las funciones desempeñadas en virtud de distintos tipos de vinculaciones o relaciones, pues las propias del administrador son “prácticamente omnicomprendidas, como se desprender de la referencia al estándar de diligencia... del ordenado empresario y el representante leal” [STS de 19-12-2011 (Rec.1976/2008)].<sup>53</sup>

Refrenda igualmente la idea de la reserva estatutaria en materia retributiva la doctrina de la DGRN,<sup>54</sup> que insiste en que carece de cobertura la celebración de un contrato laboral de alta dirección cuyo contenido se solape con la relación societaria.

Sea como fuere, en la realidad se fue extendiendo la práctica de estipular o establecer condiciones retributivas —entendidas en sentido amplio, incluyendo blindajes, complementos de pensiones, planes de previsión, etc.— al margen de la normativa societaria y de las previsiones estatutarias; en ocasiones abusivas, desproporcionadas o exorbitantes, con riesgo de poner en juego otros intereses en conflicto o comprometer la propia rentabilidad de la compañía; casi siempre poco transparentes y escasamente susceptibles de control. Al punto de llegar a hablarse de la existencia de un verdade-

51 Sobre la misma Soria Sorjús, J., “La reserva estatutaria en materia retributiva de los administradores”, *Uria-Menéndez*, 2013, págs.4 y ss.; Iraculis Arregui, N., “La regulación de la remuneración de los administradores en la reforma de los artículos 217 y 249 de la Ley de Sociedades de Capital”, en Emparanza Sobejano, A. (Dir.), *Las nuevas obligaciones de los administradores en el gobierno corporativo de las sociedades de capital*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pág.92.

52 Aunque Desdentado Bonete, A. y Desdentado Daroca, E., “En los límites del contrato de trabajo: administradores y socios”, *loc.cit.*, califiquen el acuerdo como civil y no laboral (pág.56).

53 Si bien en ese caso se reconoce el derecho a percibir la indemnización por cese pactada. Sobre las “cláusulas de blindaje” o “paraguas dorados” y su sometimiento al régimen general de la retribución de los administradores, la STS de 10-2-2012 (Rec.1897/2008).

54 Ver Resolución de 3 de abril de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora mercantil y de bienes muebles II de Valencia, por la que se rechaza la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de modificación de estatutos (BOE 23 de abril de 2013). Un comentario de dicha resolución en Cohen Benchetrit, A., “¿Supone la nueva doctrina de la DGRN en materia de retribución de administradores la derogación o modulación de la denominada «teoría del vínculo»?”, *La ley Mercantil*, núm. 32, enero 2017, págs.3 y 4.

ro divorcio entre la regulación legal y la práctica viva.<sup>55</sup> La situación se agravó a nivel mundial con la llegada de la crisis financiera y económica del 2008, desatándose verdaderos escándalos, en ocasiones incluso con relevancia penal;<sup>56</sup> y poniendo de relieve el fracaso de las fórmulas de autorregulación mediante códigos de buen gobierno corporativo.<sup>57</sup>

Es en este contexto en el que se enmarca la reforma operada por medio de la *Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del Gobierno Corporativo*,<sup>58</sup> que surge precisamente con la finalidad de reforzar la transparencia, el buen gobierno corporativo y evitar el conflicto de intereses.<sup>59</sup>

### 3.2. El contrato de administración tras la reforma de la Ley de Sociedades de Capital de 2014

La modificación de la legislación sobre sociedades mercantiles de capital hace suya, en materia retributiva, la diferenciación entre las funciones deliberativas y consultiva propias de todas las formas de gobierno societario y las más intensas de gestión y dirección de la compañía, al distinguir entre las retribuciones que corresponden a los administradores “en su condición de tales” y que son objeto de la reserva estatutaria,<sup>60</sup> y la remuneración de los consejeros ejecutivos, lo sean por delegación

55 En palabras de Fernández del Pozo, L., “El misterio de la remuneración de los administradores de las sociedades no cotizadas. Las carencias regulatorias de la reforma”, *Revista de Derecho Mercantil* núm. 297, julio septiembre de 2015, pág.2.

56 Sánchez-Calero Guilarte, J., “El reembolso por los consejeros ejecutivos de la retribución variable”, *Revista Lex Mercatoria* núm.2, 2016, págs.113 a 119; Cazorla González-Serrano, L., *Presidente ejecutivo y Gobierno Corporativo de sociedades cotizadas en España*, Aranzadi, Madrid, marzo de 2013, pág.92; y en el Derecho comparado, Alarcón Elorrieta, M<sup>a</sup>. L., “Otra vuelta de tuerca a la retribución de los consejeros por funciones ejecutivas en sociedades no cotizadas”, *La Ley Mercantil*, núm. 14, mayo de 2015, pág.2.

57 Ruiz Muñoz, M., “La retribución de los administradores y altos ejecutivos de las sociedades de capital: libertad, transparencia y control (la modificación de la LSC por la Ley 31/2014 y el ALCM)”, *Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pág.875.

58 Entre otros muchos, vid. Galacho Abolafio, A. F., “La reforma de la Ley de sociedades de capital: los administradores «en su condición de tales» y sus repercusiones en la retribución del órgano de administración”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm.48, julio diciembre de 2016, págs.171 y ss.; Iraculis Arregui, N., “La regulación de la remuneración de los administradores en la reforma de los artículos 217 y 249 de la Ley de Sociedades de Capital”, *loc.cit.*, págs.86 y 87; y Membrado Herrera, I., “Protección de la discrecionalidad empresarial y deber de lealtad de los administradores”, en Jordá García, R. y Navarro Matamoros, L. (dirs.), *Mejora del Gobierno Corporativo de Sociedades no cotizadas (A propósito de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre)*, Madrid, 2015, págs. 115 y ss.

59 Ver Recalde Castells, A., “Art. 190. Conflicto de intereses”, en Juste Mencía, J. (Coord.), *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, Civitas, Thomson Reuters, Navarra, 2015, págs.67 a 88; o Teruel Lillo, E. J., “Modificaciones en el régimen de los consejos de administración. Revisión de la remuneración de los administradores”, en Jordá García, R. y Navarro Matamoros, L. (dirs.), *Mejora del Gobierno Corporativo de Sociedades no cotizadas (A propósito de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre)*, Madrid, 2015, pág.154.

60 Art.217. 2 y 3 LSC.

o en razón de un título de carácter contractual,<sup>61</sup> y que fija el consejo de administración.<sup>62</sup> A lo que añade reglas particulares para las sociedades cotizadas.<sup>63</sup> Esta distinción levantó de nuevo la polémica y permitió apuntar hacia una posible separación de figuras y estatutos.<sup>64</sup>

El sistema retributivo debe inspirarse en varios principios, un primer principio de carácter finalista, que lo oriente a promover la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad; y un segundo parámetro que es la proporcionalidad, referida a la importancia de la sociedad, la situación económica en cada momento y los estándares de mercado de empresas comparables. Y ha de acompañarse a la vez de mecanismos preventivos que incorporen las cautelas necesarias para evitar la asunción de riesgos excesivos o la recompensa de resultados desfavorables, recomendándose a tal efecto la inclusión en los contratos de cláusulas de reembolso de los componentes variables ajustados a condiciones de rendimiento o que atiendan a datos cuya inexactitud se acredite con posterioridad.<sup>65</sup> Por su parte, los pagos por resolución del contrato se someten igualmente a límites de cuantía y condiciones de abono de tal manera que este no se produzca hasta que se haya podido comprobar que el consejero ha cumplido con los criterios de rendimiento previamente establecidos.<sup>66</sup>

Pero lo que en este momento interesa subrayar es que fue justamente la conveniencia de instrumentar y documentar la retribución de los consejeros ejecutivos la que ampara y enmarca la regulación de la obligación de suscribir un contrato de administración.<sup>67</sup> Aunque en las sociedades de mayor tamaño, también la relación entre el administrador “en cuanto tal” (“mero consejero”) y la sociedad suele documentarse en una “nota de designación” (*note of appointment*). Ese contrato debe ser aprobado por dos tercios del consejo de administración, con abstención, lógicamente, del interesado, y tanto si las funciones ejecutivas se atribuyen por delegación, como estatutariamente

61 Las definiciones de las distintas categorías de consejeros las incorporó ya la Orden ECC/461/2013, de 20 de marzo, por la que se determinan el contenido y la estructura del informe anual de gobierno corporativo, del informe anual sobre remuneraciones y de otros instrumentos de información de las sociedades anónimas cotizadas, de las cajas de ahorros y de otras entidades que emitan valores admitidos a negociación en mercados oficiales de valores (actual art.529 duodecies LSC).

62 Art.249.3 y 4 LSC.

63 Art.529 septdecies LSC y art.529 octodecies LSC.

64 Entre otros, Guerrero Trevijano, C., “Viejos y nuevos problemas en la regulación de la retribución de los consejeros en sociedades cerradas”, *Revista de derecho bancario y bursátil* núm.146, 2017, págs.143 y ss.; León Sanz, F.J., “Artículo 217. Remuneración de los administradores”, en Juste Mencía, J. (Coord.), *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, cit., págs.273 y ss.; el mismo León Sanz, F. J., “Artículo 249.bi. Facultades indelegables”, en Juste Mencía, J. (Coord.), *Comentario... cit.*, págs. 522 y 523; y Tovar Rocamora, J. J., “La teoría del vínculo tras la Ley 31/2014”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm.184, 2016 págs.1-21.

65 Sánchez-Calero Guilarte, J., “El reembolso por los consejeros ejecutivos de la retribución variable”, *loc.cit.*, págs.113 a 119.

66 Vid. recomendaciones contenidas en el nuevo *Código de buen gobierno* de febrero de 2015, revisado en 2020 (recomendaciones 56 a 64) [[https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/CBG\\_2020.pdf](https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/CBG_2020.pdf) (consultado el 20 de enero de 2023)].

67 Entre otros, Alarcón Elorrieta, M<sup>o</sup>. L., “Otra vuelta de tuerca a la retribución de los consejeros por funciones ejecutivas en sociedades no cotizadas”, *loc.cit.*, pág.2; Cabanas Trejo, R., “La retribución del consejero delegado y la celebración de un contrato con la sociedad”, *Diario La Ley*, Núm.8494, marzo de 2015.

o mediante representación voluntaria. La transparencia<sup>68</sup> se garantiza mediante el reflejo en el contrato de la retribución completa, con detalle de todos los conceptos, de modo que cualquier remuneración del consejero delegado no incorporada al contrato será una retribución indebida. El consejero no podrá, pues, percibir retribución alguna por el desempeño de funciones ejecutivas por cantidades o conceptos no previstos en el contrato.

Si ya antes se había puesto en cuestión la fórmula excluyente de la laboralidad del art.1.3 c) ET y la operatividad de la tesis de la naturaleza del vínculo como criterio de deslinde entre la posición de los consejeros y la de los altos directivos en régimen laboral, la contractualización de los sistemas retributivos de los administradores y consejeros ejecutivos daba pie a hablar de su liquidación y muerte.<sup>69</sup> Sin embargo, la Ley 31/2014 había puesto buen cuidado en evitar la calificación de la naturaleza jurídica de esos contratos.<sup>70</sup> Y una parte significativa de los autores siguió haciendo énfasis en el hecho de que negar la vigencia de la tesis tenía más inconvenientes que ventajas, abundando en argumentos como la inexistencia de bilateralidad, el carácter inherente de las funciones ejecutivas a la propia condición de consejero o las dislocaciones aplicativas en relación con numerosas instituciones —el despido, la dualidad de jurisdicciones, por ejemplo— de la aceptación de la duplicidad de estatutos.<sup>71</sup> Aun aceptando la acumulación de una relación contractual de servicios a la relación de integración orgánica, como por lo demás ya venía aceptando la jurisprudencia civil se trataría de un contrato de servicios civil o mercantil.<sup>72</sup>

---

68 Después del 2014, se ocupa de reforzar la transparencia en materia retributiva la reforma introducida por la Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas (BOE 13 de abril), que traspone a nuestro ordenamiento la Directiva (UE) 2017/828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de mayo de 2017, por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas (DO UE L 132/1, 20.5.2017).

69 Entre otros muchos, Campins Vargas, A., "Retribución de administradores ejecutivos: dónde estamos y a dónde vamos", *Almacén de Derecho* <https://derechomercantilespana.blogspot.com/2014/08/retribucion-de-administradores.html> (consultado el 23 de enero de 2023)].

70 Cohen Benchetrit, A., "¿Supone la nueva doctrina de la DGRN en materia de retribución de administradores la derogación o modulación de la denominada «teoría del vínculo»?", *loc.cit.*, pág.3.

71 Mercader Uguina, J., "¿Subsiste la teoría del vínculo tras la Ley 31/2014?: la retribución de los administradores sociales y el nuevo "contrato de administración" de los consejeros ejecutivos", *Trabajo y Derecho* núm.4, 2015, págs.121 y ss.; ver también Casas Baamonde, M<sup>o</sup> E., "Más allá de la teoría del vínculo", *Derecho de las relaciones laborales* núm.2, 2015, págs.168 y ss.; y García-Perrote Escartín, I., "La asunción legal de la teoría del vínculo: un único contrato transparente de los consejeros ejecutivos con 'onmicomprensividad retributiva'", *Derecho de las Relaciones Laborales* núm. 2, mayo 2015, págs. 178-184.

72 El propio Desdentado Bonete, A., "Prólogo" al libro de Limón Luque, M.A., *Administradores y Directivos de las Sociedades Mercantiles Capitalistas: su configuración como relación laboral y su encuadramiento en la Seguridad Social*, *cit.*, págs.17, 20 y 22; y entre los mercantilistas, Ruiz Muñoz, M., "La retribución de los administradores y altos ejecutivos de las sociedades de capital: libertad, transparencia y control (la modificación de la LSC por la Ley 31/2014 y el ALCM)", *loc.cit.*, pág.888; y Guerrero Trevijano, C., "Viejos y nuevos problemas en la regulación de la retribución de los consejeros en sociedades cerradas", *loc.cit.*, pág.19

## 4. LA SINGULARIDAD DE LA DOCTRINA DEL TJUE EN RELACIÓN CON LOS CONSEJEROS Y SU REPERCUSIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO

El encaje de la doctrina del TJUE en relación con los altos directivos y ejecutivos de las sociedades mercantiles de capital en la ya de por sí compleja configuración que la delimitación de figuras y estatutos tiene en nuestro ordenamiento constituye, como se decía al comienzo, el motivo e hilo conductor de este trabajo. A los ya conocidos y muy comentados asuntos *Danosa* (TJUE 11-11-10, C-232/09) y *Balkaya* (9-7-15, C-229/14)<sup>73</sup> se han sumado recientemente las sentencias *Bosworth y Hurley* (TJUE 11-4-19, C-603/17) y *Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de la República Checa* (TJUE 5-5-22, C-101/21). Veamos a qué conclusiones nos conducen estos pronunciamientos.

Expuesto de manera muy sucinta, en el caso *Danosa* se decide extender a una integrante de un consejo de dirección de una sociedad de capital lituana que había sido cesada mientras se encontraba en estado de gestación las reglas sobre la protección de las mujeres embarazadas frente al despido que contempla la *Directiva 92/85/CEE, 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*.<sup>74</sup> A los efectos de esa norma, la interesada tiene la consideración de “trabajadora embarazada”, resultando irrelevante que fuera el único miembro del órgano de dirección y que hubiese sido la encargada de redactar su reglamento. Se da la circunstancia de que el Derecho nacional lituano contempla la posibilidad de celebrar un contrato de trabajo con los miembros de los órganos ejecutivos de las sociedades de capital, cuando no hubiesen sido ya contratados por medio de un contrato civil (Código de Trabajo art.44); y que la normativa lituana de seguridad social considera trabajadores a los miembros de los consejos de dirección de las sociedades mercantiles<sup>75</sup>; mientras que el Código de Comercio de ese país,<sup>76</sup> que adopta el sistema dual de gobierno

73 Alzaga Ruiz, I.: «Derecho a la no discriminación y despido de trabajadora embarazada: sentencia TC 92/2008, de 21 de julio», en J. García Murcia (Dir.): *Derechos del trabajador y libertad de empresa. 20 casos de Jurisprudencia Constitucional*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2013, págs.127 y ss.; y B. Alonso-Olea García, “Los conceptos de trabajador por cuenta ajena, asegurado social y ciudadano de la Unión Europea según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sus consecuencias y su controversia”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 62, 2017 [http://www.revistamarcialpons.es/revistaespanoladerechoeuropeo/article/view/conceptos\\_trabajador\\_cuenta\\_ajena\\_asegurado\\_social\\_ciudadano\\_ue](http://www.revistamarcialpons.es/revistaespanoladerechoeuropeo/article/view/conceptos_trabajador_cuenta_ajena_asegurado_social_ciudadano_ue) (última consulta el 23 de enero de 2023).

74 DO L 348, pág. 1.

75 Art.1.c) Likums par valsts sociālo apdrošināšanu, Latvijas Vēstnesis, 1997, núm. 274/276.

76 Komerclikums, *Latvijas Vēstnesis*, 2000, núm. 158/160.

## SOBRE LA POSIBILIDAD DE UN CONCEPTO COMÚN Y EXPANSIVO DE TRABAJADOR EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

societario,<sup>77</sup> configura al consejo de dirección como órgano ejecutivo de la sociedad, pero sometido en ciertos casos a un consejo de control, entre cuyas competencias figura la posible suspensión del mandato de los integrantes del órgano de dirección (art.221 y 224).

Por lo que atañe al asunto *Balkaya*, lo que se suscita es si a los efectos de cómputo en un despido colectivo ha de tomarse en cuenta a un integrante de la dirección de una sociedad de capital, que ejercía su actividad bajo la dirección y el control de otro órgano societario, percibiendo a cambio una retribución.<sup>78</sup> El TJUE reproduce el consabido argumento sobre la necesidad de adoptar un concepto autónomo y uniforme de trabajador en el ordenamiento jurídico de la Unión si de lo que se trata es de garantizar el efecto útil de la norma europea, en este caso, la Dir 98/49/CE, y en concreto el alcance de la noción misma de despido colectivo. Y recoge asimismo la doctrina sobre la irrelevancia de la calificación que se atribuya a la relación; y sobre la existencia de una relación laboral siempre que una persona realice durante un cierto tiempo en favor de otra y bajo su dirección una prestación por la que perciba una retribución.

Tal vez —y ya lo he dicho en otra parte antes—<sup>79</sup> la conclusión a que llegaron numerosos autores en ese momento, sobre el final de la vigencia de la tesis de la naturaleza del vínculo y sobre una eventual laboralización de los consejeros ejecutivos fuese un tanto precipitada. Y no sólo por lo que se dirá a modo de conclusión dentro de un momento, sino porque la propia doctrina posterior y más reciente del TJUE parece contradecir aquella interpretación o deducción. Y así, la sentencia *Bosworth y Hurley* (TJUE 11-4-19, C-603/17),<sup>80</sup> a propósito de la aplicación de las normas sobre competencia judicial internacional del Convenio de Lugano,<sup>81</sup> afirma que en el contrato entre una sociedad y un consejero falta la subordinación, por lo que no puede haber un contrato de trabajo, máxime cuando el consejero ha podido ser quien redactó el contrato y es quien controla la gestión corriente de los asuntos de la sociedad, así como sus propias funciones. Los Sres. Bosworth y Hurley, respectivamente *chief executive officer* (CEO) y *chief financial officer* en el grupo Arcadia, habían suscrito con

77 La reciente *Directiva (UE) 2022/2381 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de noviembre de 2022 relativa a un mejor equilibrio de género entre los administradores de las sociedades cotizadas y a medidas conexas* (L 315/44 ES DO UE 7.12.2022) acoge en las definiciones contenidas en su art.2 la explicación de los distintos órganos y tipos de administradores existentes según se adopte el sistema dual —consejo de dirección y consejo de control— o el monista —un único consejo de administración que aglutina tanto las funciones de gestión como las de control.

78 Una segunda cuestión prejudicial, ahora menos relevante pero que concierne directamente al problema de la noción de trabajador, era si había de considerarse a esos mismos efectos a una persona que realizaba un trabajo en prácticas por el que recibía una ayuda económica de un organismo público.

79 Martínez Moreno, C., "Capítulo 7. El concepto de trabajador", en VV.AA., *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, cit., págs.201 y ss.

80 STJUE 11-4-19 Peter Bosworth y Colin Hurley contra Arcadia Petroleum Limited y otros (C-603/17).

81 Ver Espiniella Menéndez, A., "Convenio de Lugano y concepto de contrato de trabajo de personal directivo: Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de abril de 2019, asunto C-603/17: Bosworth y Hurley", *La Ley Unión Europea* núm.70, 2019; Lousada Arochena, J.F., "Competencia xudicial internacional e persoal de embaixadas, auxiliares de voo e outras cuestións en litixios laborais (Últimas aportacións do Tribunal de Justiza da Unión Europea)", *Revista Galega de Dereito Social* núm. 7, 2018, págs.99 y ss., en especial, págs.115-122; y Vaquero López, C., "El concepto de contrato de trabajo en el marco del Convenio de Lugano. Comentario a la Sentencia del TJUE de 11 de abril de 2019, asunto C-603/17, Bosworth y Hurley", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12 Núm. 1, 2020, págs.776 y ss. [<https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/5220> (última consulta el 23 de enero de 2023)].

algunas de las sociedades integrantes del grupo de sociedades contratos de trabajo que ellos mismos habían redactado, habiendo siempre actuado en nombre y por cuenta de todas las compañías del conglomerado empresarial. Es pertinente ahora destacar que es frecuente que en los grupos de empresas los consejeros de las filiales presten servicios, incluso en régimen asalariado, en la matriz, habiendo admitido el TS la doble condición en esos casos.<sup>82</sup> El TJUE considera en este supuesto que los dos consejeros ejercían control sobre la persona que los empleaba, así como sobre el lugar y demás condiciones en que estaban ocupados y desempeñando sus tareas. Y dice más, que los mecanismos legales de control que ejercen los accionistas no permiten concluir, por sí mismos, que se pueda constatar la existencia de un nexo de subordinación. En definitiva, que se haya suscrito un contrato entre la sociedad y una persona física que ejerce las funciones de consejero no significa que se pueda calificar a esa relación como una relación de trabajo, cuando, aunque los accionistas tengan la facultad de poner fin a su vinculación, esa persona esté en condiciones de decidir o decida efectivamente los términos del contrato y disponga de un poder de control autónomo tanto sobre la gestión corriente de los asuntos de esa sociedad como sobre el ejercicio de sus propias funciones. En el caso *Bosworth*, no obstante, se ha criticado el hecho de que no se hubiera planteado o valorado la situación real de las partes, más aún cuando tanto el demandante como el demandado admiten que existe una relación laboral.

La relevancia de la nota de subordinación aparecía ya en la STJUE *Holterman*, de 10-9-2015 (asunto C-47/14), en relación con los foros de protección del Reglamento Bruselas I (entonces en vigor), que considera únicamente de aplicación cuando la persona en cuyo favor se invocan haya realizado, durante cierto tiempo, en favor de dicha sociedad y bajo la dirección de ésta —esto es, con subordinación— determinadas prestaciones a cambio de las cuales reciba una retribución. De todos modos, conviene tomar en consideración lo que se razona en las Conclusiones Generales al asunto *Holterman* por el Abogado General Cruz Villalón, que subraya que la interpretación autónoma que ha de darse al concepto de contrato individual de trabajo a los efectos de atribución de la competencia judicial internacional ha de estar inspirada y guiada por el fin protector de la parte más débil de la relación (apartado 27). Y que al ser el alcance de esa protección diferente, especialmente intensa, ello justifica la exigencia de un plus de subordinación.

Por ir terminando, en la STJUE 5-5-22 HJ contra Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de la República Checa (C-101/21)<sup>83</sup> se sostiene que el Derecho de la UE —en concreto, la *Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario* (Versión codificada)— se opone a

82 Vid. STS, Civil, de 27-3-2003 (Rec. 2398/97); Desdentado Bonete, A., "Prólogo" en *Administradores y Directivos de las Sociedades Mercantiles Capitalistas...* cit., pág.20; y en tono crítico Paz-Ares, C., "El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos", *loc.cit.*, pág.16]. Lo que también ha motivado especiales medidas de control para esos casos.

83 Sobre esta sentencia, ver Goerlich Peset, J.Mª, "¿Crisis de la «teoría del vínculo»? STJUE de 5 de mayo de 2022", en <https://www.elforodelabos.es/2022/05/crisis-de-la-teoria-del-vinculo-stjue-de-5-de-mayo-de-2022/> (última consulta el 24 de enero de 2022).

que quien ejerce simultáneamente las funciones de director y miembro del consejo de administración no pueda ser calificado como trabajador asalariado a fin de aplicarle las garantías propias de aquella situación. Se trataba en el caso de un arquitecto que, siendo director de la empresa, acaba promocionando a presidente de su consejo de administración. Podría parecer, en una primera lectura, que esto vuelve a quebrar la separación del régimen jurídico de los cargos societarios orgánicos y la relación de trabajo asalariado. Sin embargo, ha de ponerse el acento en que lo que el TJ dice es que la dirección de una sociedad mercantil y la integración de su consejo de administración no permite, por sí sólo, excluir o presumir sin que se admita prueba en contrario la existencia de laboralidad, cuando la persona que dirige la empresa lo hace en virtud de un contrato de trabajo válidamente concertado conforme al Derecho nacional. Aunque haya acumulado de manera sobrevenida la condición de miembro integrante del órgano de administración. Cosa distinta es que ni siquiera en el Derecho español esté claro que ocurre en estos casos con el vínculo laboral preexistente.

## 5. ALGUNAS CONCLUSIONES

Podría dar la frustrante sensación de que apenas se ha avanzado mínimamente en la clarificación de este problemático y difícil asunto. Pese a todo, creo que se pueden extraer algunas conclusiones de utilidad.

La primera, que la doctrina del TJUE de ningún modo o en medida alguna permite concluir que se haya podido conformar un concepto de trabajador que prescindiera o excluyera la necesidad de concurrencia de la nota de subordinación. Por más que la misma pueda presentar alguna divergencia o matiz en la comprensión que cada ordenamiento nacional pueda hacer de ella,<sup>84</sup> o que haya de ser entendida adaptativa o flexiblemente, sobre todo en el caso de las nuevas formas de empleo.<sup>85</sup>

La segunda, que para proyectar el patrón de enjuiciamiento sobre la existencia de la subordinación jurídica que es característica y propia del trabajo asalariado en el caso de un administrador ejecutivo de una sociedad de capital es preciso y posible partir de las siguientes consideraciones o tomar en cuenta los siguientes factores o variables: en primer lugar, si se trata de un sistema de gobierno societario monista o dual,<sup>86</sup> pues como ocurre en los casos *Danosa* y *Balkaya*, el hecho de pertenecer al órgano de dirección, que se encuentra sometido a otro órgano parejo de control,

84 Una visión comparada del alcance de esta nota en B. Grandi, «Let's deconstruct the meaning of dependent work to enlarge the scope of labour law», en [https://works.bepress.com/barbara\\_grandi/](https://works.bepress.com/barbara_grandi/) (consultado el 14-12-17).

85 Cruz Villalón, J., "El concepto de trabajador subordinado frente a las nuevas formas de empleo", *Revista de Derecho Social* núm. 83, 2018, págs.13-44.

86 De sumo interés es, a este respecto, la definición de administrador ejecutivo que para ambos modelos se contiene en el ya citado art.2 de la *Directiva (UE) 2022/2381 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de noviembre de 2022 relativa a un mejor equilibrio de género entre los administradores de las sociedades cotizadas y a medidas conexas* (L 315/44 ES DO UE 7.12.2022).

podría ayudar a explicar la solución adoptada en esos casos por el TJUE al considerar de aplicación en ambos casos las dos Directivas respectivamente concernidas. Lo mismo podría decirse en el caso español de los administradores ejecutivos, respecto de los que el consejo ejerce las facultades de supervisión y control.<sup>87</sup> Así que, podría concluirse que concurren en este tipo de actividades que ejecutan los administradores y consejeros que dirigen y gestionan la compañía los rasgos propios o típicos de una relación laboral.<sup>88</sup> Y todo ello sin perjuicio de que el propio órgano de administración se someta a la junta general de accionistas que, ex art.161 LSC, podrá impartir instrucciones o someter a su autorización la adopción de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión.<sup>89</sup> Habrá, en todo caso, como dice el TJUE, que examinar y valorar todas las circunstancias en las que el miembro del consejo fue contratado, la naturaleza y alcance de las funciones que se le encomendaron, el marco en que las mismas se ejercen, y el control del que es objeto en el seno de la sociedad, así como las condiciones y los términos en que puede ser destituido.

La tercera, que el hecho de que el art.136.2 c) LGSS considere comprendidos en el campo de aplicación del RGSS a los consejeros y administradores de las sociedades de capital, siempre que no posean su control en los términos previstos por el art.305.2 b), cuando el desempeño de su cargo conlleve la realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, siendo retribuidos por ello, no necesariamente comporta su laboralización. Por dos razones básicas, que esa inclusión se lleva a cabo en condición de “asimilados” y no como trabajadores por cuenta ajena en sentido estricto o genuino; y porque ya a ese respecto la jurisprudencia más autorizada se ocupó de afirmar que “el campo de aplicación de la legislación laboral y de la legislación de Seguridad Social (en lo que concierne a la protección de los trabajadores por cuenta ajena) no son exactamente idénticos o coextensos” [STS de 29-1-1997 (Rec.2577/95) ECLI:ES:TS:1997:517].<sup>90</sup>

En resumidas cuentas, no parece que la tesis de la naturaleza del vínculo haya quedado superada ni desprovista de virtualidad y sentido. Al contrario, resulta acorde con algunos de los pronunciamientos del TJUE, y, sobre todo, congruente con un Derecho del Trabajo expansivo que siga pretendiendo o teniendo vocación de ser tuitivo, protector de la parte débil del contrato y de las formas más precarias de empleo. Y, en otro orden de consideraciones, podría contribuir a considerar la exclusión del art.1.3 c) ET como una verdadera exclusión de la laboralidad de estas relaciones de carácter constitutivo. Al modo en que ocurre con los funcionarios u otras relaciones de servicios por

87 De nuevo Alfaro Águila-Real, J., “Adiós a la teoría del vínculo”, *Almacén de Derecho*, Derecho laboral, Derecho mercantil, 16 de diciembre de 2015, <http://almacenederecho.org/adios-a-la-teoria-del-vinculo/> (última consulta 16 de enero de 2023).

88 Por todos, Desdentado Bonete, A., “Prólogo” en Limón Luque, M.A., *Administradores y Directivos de las Sociedades Mercantiles Capitalistas: su configuración como relación laboral y su encuadramiento en la Seguridad Social*, cit., pág.17.

89 Ver García-Renedo, C., “Las nuevas competencias de la junta general y la intervención de ésta en asuntos de gestión” en García de Enterría, J., (Dir): *La reforma de la Ley de Sociedades de Capital en materia de gobierno corporativo*, 1ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2014.

90 Me ocupé de ello en Martínez Moreno, C., “El encuadramiento en la Seguridad Social de los socios trabajadores y administradores en las sociedades mercantiles de capital”, *Derecho de los Negocios* núm.89, 1998, págs.1-12.

cuenta ajena e incluso con ciertas dosis de dependencia y subordinación que también permanecen extramuros del Derecho español del Trabajo pero no de la noción expansiva de trabajador que maneja el TJUE a los efectos de la aplicación de ciertas disposiciones del Derecho de la Unión.<sup>91</sup>

## 6. BIBLIOGRAFÍA CITADA

AA.VV. (dir. García Murcia, J.), *El trabajo autónomo y otras formas de trabajo no asalariado*, Thomson-Aranzadi, 2007.

Alarcón Elorrieta, M<sup>a</sup>. L., "Otra vuelta de tuerca a la retribución de los consejeros por funciones ejecutivas en sociedades no cotizadas", *La Ley Mercantil*, núm. 14, mayo de 2015.

Alfaro Águila-Real, J., "Adiós a la teoría del vínculo", *Almacén de Derecho*, Derecho laboral, Derecho mercantil, 16 de diciembre de 2015, <http://almacenederecho.org/adios-a-la-teoria-del-vinculo/>.

Alonso-Olea García, B., "Los conceptos de trabajador por cuenta ajena, asegurado social y ciudadano de la Unión Europea según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sus consecuencias y su controversia", *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 62, 2017 [http://www.revistasmarcialpons.es/revistaespanoladerechoeuropeo/article/view/conceptos\\_trabajador\\_cuenta\\_ajena\\_asegurado\\_social\\_ciudadano\\_ue](http://www.revistasmarcialpons.es/revistaespanoladerechoeuropeo/article/view/conceptos_trabajador_cuenta_ajena_asegurado_social_ciudadano_ue).

Álvarez Alonso, D. y Martínez Moreno, C., "Trabajo y plataformas digitales: primera sentencia del Tribunal Supremo a propósito de un repartidor de Glovo", *Trabajo y Derecho* 72/2020 (Diciembre), núm. 72, 1 de dic. de 2020, Editorial Wolters Kluwer.

Alzaga Ruiz, I.: «Derecho a la no discriminación y despido de trabajadora embarazada: sentencia TC 92/2008, de 21 de julio», en J. García Murcia (Dir.): *Derechos del trabajador y libertad de empresa. 20 casos de Jurisprudencia Constitucional*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2013.

Cabanas Trejo, R., "La retribución del consejero delegado y la celebración de un contrato con la sociedad", *Diario La Ley*, Núm. 8494, marzo de 2015.

Cabeza Pereiro, J., "El concepto de trabajador en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", *Documentación Laboral* núm.113, 2018.

Campins Vargas, A., "Retribución de administradores ejecutivos: dónde estamos y a dónde vamos", *Almacén de Derecho* <https://derechomercantilesparna.blogspot.com/2014/08/retribucion-de-administradores.html>.

Carrascosa Bermejo, D., *La coordinación comunitaria de la Seguridad Social. Ley aplicable y vejez en el Reglamento 1408/71*, Madrid, CES, 2004.

---

<sup>91</sup> Sin ir más lejos, en la reciente sentencia *HK/Danmark* (TJUE 2-6-22 *Ligebehandlingsnævnet*, que actúa por cuenta de A contra HK/Danmark y HK/Privat C-587/20), que invoca justamente la amplitud del concepto "trabajadores" para considerar aplicable la *Directiva 2000/78, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación* para entender contrario a la misma una normativa nacional —en este caso, los estatutos de un sindicato— que limita por edad la posibilidad de optar a su presidencia.

## SOBRE LA POSIBILIDAD DE UN CONCEPTO COMÚN Y EXPANSIVO DE TRABAJADOR EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

- Casas Baamonde, M<sup>a</sup> E., "Más allá de la teoría del vínculo", *Derecho de las relaciones laborales* núm. 2, 2015.
- Casas Baamonde, M<sup>a</sup> E., "Precariedad del trabajo y formas atípicas de empleo, viejas y nuevas ¿Hacia un trabajo digno?", en *Derecho de las Relaciones Laborales* núm. 9, octubre 2017.
- Cazorla González-Serrano, L., *Presidente ejecutivo y Gobierno Corporativo de sociedades cotizadas en España*, Aranzadi, Madrid, marzo de 2013.
- Cohen Benchetrit, A., "¿Supone la nueva doctrina de la DGRN en materia de retribución de administradores la derogación o modulación de la denominada «teoría del vínculo»?", *La ley Mercantil*, núm. 32, enero 2017.
- Cruz Villalón, J., "El concepto de trabajador subordinado frente a las nuevas formas de empleo", *Revista de Derecho Social* núm. 83, 2018.
- Desdentado Bonete, A. y Desdentado Aroca, E., *Administradores sociales, altos directivos y socios trabajadores*, Valladolid, 2000.
- Desdentado Bonete, A. y Desdentado Daroca, E., "En los límites del contrato de trabajo: administradores y socios", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 83, 2009.
- Espiniella Menéndez, A., "Convenio de Lugano y concepto de contrato de trabajo de personal directivo: Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de abril de 2019, asunto C-603/17: Bosworth y Hurley", *La Ley Unión Europea* núm. 70, 2019.
- Fernández del Pozo, L., "El misterio de la remuneración de los administradores de las sociedades no cotizadas. Las carencias regulatorias de la reforma", *Revista de Derecho Mercantil* núm. 297, julio septiembre de 2015.
- Galacho Abolafio, A. F., "La reforma de la Ley de sociedades de capital: los administradores «en su condición de tales» y sus repercusiones en la retribución del órgano de administración", *Revista de Derecho de Sociedades*, núm.48, julio diciembre de 2016.
- García-Renedo, C., "Las nuevas competencias de la junta general y la intervención de ésta en asuntos de gestión" en García de Enterría, J., (Dir.): *La reforma de la Ley de Sociedades de Capital en materia de gobierno corporativo*, 1<sup>a</sup> ed., Aranzadi, Pamplona, 2014.
- García-Perrote Escartín, I., "¿Hacia la compatibilidad entre la condición de consejero delegado y de alto directivo laboral? La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2003", *Información Laboral*: núm.3, 2003.
- García-Perrote Escartín, I., "La asunción legal de la teoría del vínculo: un único contrato transparente de los consejeros ejecutivos con 'onmicomprensividad retributiva'", *Derecho de las Relaciones Laborales* núm. 2, mayo 2015.
- Goerlich Peset, J.M<sup>a</sup>, "¿Crisis de la «teoría del vínculo»? STJUE de 5 de mayo de 2022", en <https://www.elforodelabos.es/2022/05/crisis-de-la-teoria-del-vinculo-stjue-de-5-de-mayo-de-2022/> (última consulta el 24 de enero de 2022).
- González-Posada Martínez, E., "La noción de trabajador asalariado y su geometría variable en la UE", *Trabajo y Derecho* 93/2022 (Septiembre) núm. 93, 1 de sep. de 2022, Smarteca.
- Grandi, B. «Let's deconstruct the meaning of dependent work to enlarge the scope of labour law», en [https://works.bepress.com/barbara\\_grandi/](https://works.bepress.com/barbara_grandi/).
- Guerrero Trevijano, C., "Viejos y nuevos problemas en la regulación de la retribución de los consejeros en sociedades cerradas", *Revista de derecho bancario y bursátil* núm.146, 2017.

## SOBRE LA POSIBILIDAD DE UN CONCEPTO COMÚN Y EXPANSIVO DE TRABAJADOR EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

- Hernando Cebriá, L., "El deber general de diligencia: artículo 225", en Hernando Cebriá, L. y Alfonso Sánchez, R., *Régimen de deberes y responsabilidades de los administradores en las sociedades de capital: adaptado a la modificación de la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo*.
- Iglesias Prada, J. L., *Administración y delegación de facultades en la sociedad anónima*, Madrid, 1971.
- Iráculis Arregui, N., "La regulación de la remuneración de los administradores en la reforma de los artículos 217 y 249 de la Ley de Sociedades de Capital", en Emparanza Sobejano, A. (Dir.), *Las nuevas obligaciones de los administradores en el gobierno corporativo de las sociedades de capital*, Marcial Pons, Madrid, 2016.
- Limón Luque, M.A., *Administradores y directivos de las sociedades mercantiles capitalistas: su configuración como relación laboral y su encuadramiento en la Seguridad Social*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004.
- Lousada Arochena, J.F., "Competencia xudicial internacional e persoal de embaixadas, auxiliares de voo e outras cuestións en litixios laborais (Últimas aportacións do Tribunal de Justiza da Unión Europea)", *Revista Galega de Dereito Social* núm. 7, 2018.
- Martín Valverde, A. y García Murcia, J., *Derecho del Trabajo*, 31ª ed., Tecnos, Madrid, 2022.
- Martínez Moreno, C., "Capítulo 7. El concepto de trabajador", en VV.AA., *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia* (Mª E. Casas Baamonde y R. Gil Albuquerque, dir.), 2ª edición revisada y puesta al día, Francis Lefebvre, Madrid, 2018.
- Martínez Moreno, C., "El encuadramiento en la Seguridad Social de los socios trabajadores y administradores en las sociedades mercantiles de capital", *Derecho de los Negocios* núm.89, 1998.
- Martínez Moreno, C., *El personal de alta dirección, concepto y características*, CES, Madrid, 1995.
- Martínez Moreno, C., "La prestación de servicios de los consejeros y administradores sociales", en VV.AA., (dir. García Murcia, J.), *El trabajo autónomo y otras formas de trabajo no asalariado*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2007.
- Martínez Moreno, C., "¿Puede ser el contrato a tiempo parcial un verdadero instrumento de política de empleo?", en *Revista Derecho Social y Empresa. Monográfico Siglo XXI: ¿Derecho del trabajo versus Derecho del Empleo?*, núm. 2, diciembre 2014.
- Membrado Herrera, I., "Protección de la discrecionalidad empresarial y deber de lealtad de los administradores", en Jordá García, R. y Navarro Matamoros, L. (dirs.), *Mejora del Gobierno Corporativo de Sociedades no cotizadas (A propósito de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre)*, Madrid, 2015.
- Mercader Uguina, J., "¿Subsiste la teoría del vínculo tras la Ley 31/2014?: la retribución de los administradores sociales y el nuevo "contrato de administración" de los consejeros ejecutivos", *Trabajo y Derecho* núm.4, 2015.
- O'Brien, CH., Spaventa, E. and De Coninck, J.: *Comparative Report 2015. The concept of worker under Article 45 TFEU and certain non-standard forms of employment*, European Commission, April, 2016 [<https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=15476&langId=en>].
- Paz-Ares, C., "Ad impossibilia nemo tenetur (o por qué recelar de la novísima jurisprudencia sobre retribución de administradores", *Indret* 2.2009 [versión digital en <https://indret.com/ad-impossibilia-nemo-tenetur-o-por-que-recelar-de-la-novissima-jurisprudencia-sobre-retribucion-de-administradores/>].

## SOBRE LA POSIBILIDAD DE UN CONCEPTO COMÚN Y EXPANSIVO DE TRABAJADOR EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

- Paz-Arez, C., "El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos", *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, 2008, núm. 1.
- Recalde Castells, A., "Art. 190. Conflicto de intereses", en Juste Mencía, J. (Coord.), *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, Civitas, Thomson Reuters, Navarra, 2015.
- Rodríguez Artigas, F., *Consejeros delegados, comisiones ejecutivas y consejos de administración*, Madrid, 1971.
- Ruiz Muñoz, M., "La retribución de los administradores y altos ejecutivos de las sociedades de capital: libertad, transparencia y control (la modificación de la LSC por la Ley 31/2014 y el ALCM)", *Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, 2015.
- Salinas Adelantado, C., *Revista General de Derecho* 584, 1993.
- Sánchez Gimeno, S., *Las prestaciones de servicios u obra de los administradores de las sociedades de capital*, Madrid, 2004.
- Sánchez-Calero Guilarte, J., "El reembolso por los consejeros ejecutivos de la retribución variable", *Revista Lex Mercatoria* núm.2, 2016.
- Sánchez-Urán Azaña, Y., "Hacia el concepto de trabajador en el Derecho de la Unión Europea, en especial, en la política social propiamente dicha", en *Revista Foro, Nueva época*, vol. 20, núm.1, 2017.
- Sánchez-Urán Azaña, Y., "El concepto de trabajador en el contexto de la protección flexible del derecho del trabajo en la Unión Europea", *Revista La Ley Unión Europea*, núm. 50, 2017.
- Sánchez-Urán Azaña, Y., "La teoría del vínculo como elemento determinante de la exclusión de laboralidad de los administradores de sociedades", en Sempere Navarro, A.V., *La obra jurídica de Aurelio Desdentado Bonete*, Agencia Estatal BOE, Madrid, 2021.
- Soria Sorjús, J., "La reserva estatutaria en materia retributiva de los administradores", *Uría-Menéndez*, 2013.
- Teruel Lillo, E. J., "Modificaciones en el régimen de los consejos de administración. Revisión de la remuneración de los administradores", en Jordá García, R. y Navarro Matamoros, L. (dirs.), *Mejora del Gobierno Corporativo de Sociedades no cotizadas (A propósito de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre)*, Madrid, 2015.
- Tovar Rocamora, J. J., "La teoría del vínculo tras la Ley 31/2014", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 184, 2016.
- Vaquero López, C., "El concepto de contrato de trabajo en el marco del Convenio de Lugano. Comentario a la Sentencia del TJUE de 11 de abril de 2019, asunto C-603/17, Bosworth y Hurley", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12 Núm. 1, 2020, págs.776 y ss. [<https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/5220>].

## INTELIGENCIA ARTIFICIAL, BIDGATA Y DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS

### ARTIFICIAL INTELLIGENTE, BIGDATA AND WORKERS'S RIGHT TO DATA PROTECTION

***Olimpia Molina Hermosilla***

*Profesora Titular (acreditada como Catedrática) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Jaén*

[olimpiam@ujaen.es](mailto:olimpiam@ujaen.es) ORCID [0000-0002-1946-6682](https://orcid.org/0000-0002-1946-6682)

Recepción de trabajo: 19-02-2023 - Aceptación: 3-03-2023 - Publicado: 22-03-2023

Páginas: 89-117

- 1. PLANTEAMIENTO GENERAL. ■ 2. DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN DE DATOS: DELIMITACIÓN DE SU ÁMBITO PROTECTOR EN LOS ENTORNOS LABORALES DIGITALIZADOS.
- 3. EL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS: SU EFICACIA EN EL ÁMBITO DIGITAL LABORAL. ■ 4. TRATAMIENTO DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS EN NUESTRO DERECHO INTERNO. ■ 5. PROPUESTA DE REGULACIÓN DE LA IA DESDE EL ÁMBITO EUROPEO.
- 5.1. Declaración conjunta del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión Europea sobre los Principios y Derechos Digitales en la Década Digital. 5.2. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadoras en materia de IA.
- 6. A MODO DE CONCLUSIONES. ■ 7. BIBLIOGRAFÍA.

## RESUMEN

El presente estudio propone una reflexión sobre cuál es el impacto real que los vertiginosos avances en el ámbito de la Inteligencia Artificial y Bigdata incorporados a los sistemas productivos, están teniendo en el derecho fundamental de las personas trabajadoras a la protección de sus datos personales y a su privacidad. A su vez, se aportan elementos para construir una lectura integradora de estos avances en el ámbito de las relaciones laborales, respetuosa con los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, lo que supone desterrar aquella que responda a la búsqueda salvaje del incremento de la competitividad y beneficio empresarial.

**PALABRAS CLAVE:** inteligencia artificial, bidgata, derecho a la protección de datos y privacidad.

## ABSTRACT

This study proposes a reflection about the real impact that the dizzying advances in the field of Artificial Intelligence and Bigdata in the systems productions have on the data protection basic right of workers. In turns, elements are provided to build an integrating vision of these advances in the labour relations, wich respects the fundamental rights of workers, banishing wich responds to the wild search to increase competitiveness and business profit.

**KEYWORDS:** artificial intelligence, bidgata, privacy right.

*“Estaremos realmente atrapados con la tecnología cuando lo único que queramos sean cosas que funcionen”*

*Douglas Adams*

## 1. PLANTEAMIENTO GENERAL

Los sistemas de inteligencia artificial ( IA en adelante) han sido definidos como “sistemas software (y posiblemente también hardware), diseñados por humanos que, dado un objetivo complejo, actúan en el entorno físico o digital, percibiendo el entorno a través de la adquisición de datos, interpretándolos y procesando la información derivada de estos datos, para decidir la(s) mejor(e) acción(es) a realizar para alcanzar el objetivo perseguido”<sup>1</sup>.

Junto al desarrollo que estas técnicas de IA han alcanzado en nuestros días, aparece también la técnica Bigdata (BD en adelante), consistente en la extracción y manejo de datos que permiten realizar predicciones sobre el comportamiento futuro de las personas. Estas técnicas de BD se convierten en la esencia de la IA, permitiendo obtener información personal más allá de la proporcionada o disponible.

El estado evolutivo que presentan en la actualidad los sistemas de IA y BD hacen posible combinar entre sí y al instante, datos procedentes de distintas fuentes, tomando en consideración metadatos, datos personales sean o no sensibles, datos no personales, que pueden ser recabados tanto durante el desarrollo de la actividad laboral como incluso fuera de la misma. Al mismo tiempo, posibilita la reutilización de la información laboral de cara a la elaboración de perfiles y adopción de decisiones automatizadas con efectos sobre las personas trabajadoras, que quedan de este modo, a partir de un eventual análisis de sus características de actitud y aptitud, sometidas a una predicción en torno a su comportamiento o estados futuros.

Ambas técnicas están siendo las principales precursoras de la Revolución Industrial a la que estamos asistiendo en nuestros días, la llamada “Cuarta Revolución”<sup>2</sup>, también conocida como “Revolución 4.0”, la cual está afectando sustancialmente a múltiples aspectos de la sociedad. La especialidad de esta transformación en relación con los procesos anteriores, la virulencia y velocidad con la que esos cambios se instalan ahora en nuestros sistemas productivos carece, por completo, de precedentes<sup>3</sup>.

1 Comisión Europea, *Configurar el futuro digital de Europa*, Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, COM (2020) 67 final, 19 de febrero 2020, 2.

2 Gómez Salado, M.A., *La cuarta revolución industrial y su impacto sobre la productividad, el empleo y las relaciones jurídico-laborales: Desafíos tecnológicos del siglo XXI*, Aranzadi, Navarra, 2021.

3 Mercader Uguina J.R., *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

En este sentido, su especialidad consiste en su potencial para llegar a redefinir el futuro del trabajo, llegando a cuestionar y limitar la propia dignidad de las personas trabajadoras y más ampliamente, de la sociedad, lo cual, pasa por impedir el ejercicio efectivo de sus derechos fundamentales, en pro de la obtención de la máxima rentabilidad y competitividad posible. Este enfoque se hace acompañar de un determinismo tecnológico respecto del cual solo cabe "adaptarse y plegarse"<sup>4</sup>.

La gestión laboral a través de los mecanismos que permiten la IA y BD irá incrementándose en los próximos años<sup>5</sup>. Por tanto, el objetivo a alcanzar debe orientarse a defender el avance sincronizado entre la aplicación de las innovaciones tecnológicas al ámbito de las relaciones laborales y el respeto y profundización en los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, como expresión de los valores sobre los que se construyen las sociedades democráticas<sup>6</sup>.

Pero frente a esta visión integradora, no podemos obviar que se opone con fuerza la propia esencia de la relación de trabajo, cuya construcción descansa sobre el elemento de contraposición de intereses y de poderes asimétricos entre las partes. De esta forma, la empresa aparece considerada como una organización donde se ejerce un poder entre privados, frente al cual, la persona trabajadora debe defenderse, a través del ejercicio de sus derechos fundamentales generales y los específicamente sociales<sup>7</sup>. De modo que, si bien es cierto que los derechos humanos en el entorno laboral, en particular, se encuentran normativamente reconocidos al máximo nivel, no podemos obviar que se encuentran continuamente amenazados en su eficacia real, a múltiples niveles<sup>8</sup>.

Y en efecto, la recepción de estos avances tecnológicos en el ámbito de las relaciones laborales por el momento, nos está mostrando la cara menos amable de esta nueva realidad, que está suponiendo un cambio paradigmático en los fundamentos del trabajo, del Derecho y de la sociedad en su conjunto, que necesita ser abordado en su integridad, para comprender y poder abarcar los profundos desafíos que plantea<sup>9</sup>.

4 Monereo Pérez, J.L., "Ciudadanía, empresa y Constitución Social del Trabajo. por un constitucionalismo de Derecho Social", *Rivista di studi y documentazione su' ll integrazione europea lceonline*, 1/2022, págs. 1-48.

5 El propio Ministerio de Trabajo ha recurrido a la implantación de estos sistemas basados en IA y BD, con el objetivo de que la Inspección de Trabajo pueda cruzar los datos existentes en Seguridad Social, Hacienda y el Servicio Público de Empleo Estatal para el control de la legalidad de los contratos de trabajo que se formalicen en nuestro país. Fuente: Expansión Economía <https://www.expansion.com/economia/2022/10/18/634dab89468aebbe6a8b459b.html>

6 Monereo Pérez, J.L., "Derecho al trabajo y derechos profesionales ante la innovación tecnológica y las nuevas formas de empleo" en AA.VV. (Monereo Pérez, J.L., Vila Tierno, F., Esposito, M. y Perán Quesada, S., Dirs.), *Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales. Nuevos paradigmas para comprender el Derecho del Trabajo del siglo XXI*, Comares, Granada, 2021, pág. 13.

7 Monereo Pérez, J.L., "Ciudadanía, empresa y Constitución Social del Trabajo. por un constitucionalismo de Derecho Social", *Rivista di studi y documentazione su' ll integrazione europea lceonline*, 1/2022.

8 Monereo Atienza, C., Monereo Pérez J.L. y Aguilar Calahorro, A. (Coords.), *El sistema universal de los derechos humanos*, Comares, Granada, 2014.

9 Bini, E., *La dimensión colectiva de la digitalización del trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2021, pág. 16.

Y así, resulta evidente que con la implantación de nuevos desarrollos de IA y BD en los sistemas productivos, las empresas experimentan transiciones estructurales, cambios de distinta intensidad<sup>10</sup>. Todo ello redimensiona las relaciones de poder en la empresa de nuestros días, que se expresa en nuevas formas de subordinación a las que quedan sometidas las personas trabajadoras, cada vez más sofisticadas.

Pero es más, la capacidad y desarrollo actual de estos sistemas, permite ejercer este control y subordinación, no ya sólo en el transcurso de la relación laboral, sino alejada de los contornos o márgenes de ésta, posibilitando lo que se ha venido a denominar el control biopolítico, que se desarrolla fuera de los entornos físicos o digitales de la organización productiva, pudiendo extenderse al conjunto de consumidores finales de los servicios y bienes que produce la empresa y, por tanto, a la sociedad en su conjunto.

Estaríamos así, ante lo que se ha venido a denominar “la era del capitalismo de la vigilancia”, que se nutre de la experiencia humana como materia prima para la predicción de datos de comportamiento, convirtiéndose así en un codiciado producto en el mercado<sup>11</sup>. De esta forma, el objeto de mercantilización no son sólo los datos, sino también los “modelos predictivos” conductuales, que permiten obtener grandes beneficios empresariales, a través de ventajas competitivas.

En definitiva, la experiencia humana se mercantiliza y llega a cuestionar la efectividad de los derechos fundamentales, no ya sólo de las personas trabajadoras, sino de la sociedad en su conjunto, pudiendo ejercer el poder y control sobre una gran parte de la población, con capacidad de modificar sus comportamientos, con el grave riesgo que ello puede llegar a suponer para los valores de la democracia, pudiendo llegar a manipular la libertad hasta límites desconocidos<sup>12</sup>.

Son muchos, como se puede advertir, los cambios, las transformaciones y los retos que plantea el recurso a estas técnicas de IA y BD en el ámbito de la relación de trabajo, y más en concreto, para el propio respeto y vigencia a los derechos fundamentales de las personas trabajadoras. Estos riesgos son percibidos desde todas las instancias gubernamentales, tanto en nuestro ámbito interno como

10 En palabras del prof. Monereo Pérez este proceso podría concebirse como metamorfosis, ya que permite apreciar los procesos de cambio no como un proceso continuo y regular, sino como un proceso marcado por transformaciones abruptas. Monereo Pérez, J.L., *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2017.

11 Zuboff, S., *La era del capitalismo de la vigilancia. La lucha por un futuro humano frente a las nuevas fronteras de poder*, Paidós, Madrid, 2020, pág. 179 ss. Para el autor, los rasgos fundamentales de este capitalismo de la vigilancia son: 1. Nuevo orden económico basado en la experiencia humana como materia prima gratuita, enfocada a prácticas comerciales de extracción, predicción y venta. 2. Nueva arquitectura global de modificación conductual. 3. Estructuras capitalistas caracterizadas por concentraciones sin precedentes de riqueza, conocimiento y poder. 4. Economía de la vigilancia. 5. Amenaza para la propia naturaleza humana del siglo XXI equiparable al capitalismo industrial en los siglos XIX y XX. 6. El poder impone su dominio basado en la certeza absoluta. 7. Expropiación de derechos humanos básicos.

12 Monereo Pérez, J.L., “Ciudadanía, empresa y Constitución Social del Trabajo. por un constitucionalismo de Derecho Social”, *Rivista di studi y documentazione su’l’l integrazione europea*, op. cit. pág. 29.

internacional. En concreto, por lo que respecta al ámbito interno, ha supuesto en nuestro país la reciente creación de la Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial<sup>13</sup>.

Por parte de la Agencia de la Unión Europea para los Derechos Fundamentales se ha realizado un análisis respecto a cuáles son los derechos fundamentales más afectados por la implantación de sistemas de IA, partiendo de aquellos que aparecen reconocidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El resultado de este informe evidencia la mayor afectación que sufren los derechos a la dignidad humana, la intimidad, la privacidad y protección de datos y la igualdad y no discriminación, como resultado de la aplicación que actualmente se están haciendo de estos sistemas<sup>14</sup>.

## 2. DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN DE DATOS: DELIMITACIÓN DE SU ÁMBITO PROTECTOR EN LOS ENTORNOS LABORALES DIGITALIZADOS

El derecho a la a la protección de datos aparece reconocido en el art. 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea como derecho dotado de sustantividad frente a otros derechos fundamentales con los que mantiene evidentes nexos de unión, como puede ser el derecho a la intimidad. Por tanto, no existe una coincidencia absoluta entre los datos personales y la intimidad, por lo que en la práctica, unos hechos determinados pueden suponer la vulneración de uno de estos derechos, sin que sufra menoscabo el otro<sup>15</sup>.

Esta sustantividad también resulta evidente en el tratamiento que nuestra Constitución (en adelante C.E) dispensa a este derecho. Así, el derecho a la privacidad y su íntima conexión con la protección de datos personales encuentra acomodo en el art. 18.4 C.E, mientras que la garantía del derecho a la intimidad se encuentra en el apartado 1º de este mismo precepto.

---

13 Creada a través de la Disposición Adicional Séptima de la Ley 28/2022, de Fomento del Ecosistema de las Empresas Emergentes, de 21 de diciembre. Se trata de un nuevo organismo público estatal, con sede en A Coruña, adscrito a la Administración General del Estado, que aparece dotado de potestades inspectoras y sancionadoras. Entre los múltiples fines que asume destaca la supervisión de la puesta en marcha, uso o comercialización de sistemas que incluyan IA y, especialmente, aquellos que puedan suponer riesgos significativos para la salud, seguridad y los derechos fundamentales.

14 European Union Agency for Fundamental Rights, *Getting the future right. Artificial intelligence and fundamental rights*, Luxembourg, Publication Office of the European Union, 2020.

15 García Murcia, J. y Rodríguez Cardo, I.A, "La protección de los datos personales en el ámbito del trabajo: una aproximación desde el nuevo marco normativo", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 216, 2019, pág. 36.; López Balaguer, M. y Ramos González, F., "Control empresarial del uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral desde la perspectiva del derecho a la protección de datos y a la intimidad", *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, Vol. 10, núm. 2, 2020, pág. 506-540.

También la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sobre todo a raíz de su conocida Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre<sup>16</sup>, ha contribuido a construir la tesis que defiende la sustantividad propia de cada uno de estos ámbitos de protección que, posteriormente, ha recogido la jurisprudencia laboral<sup>17</sup>. Considera el Intérprete Constitucional que, si bien ambos derechos comparten el fin último de ofrecer una eficaz protección constitucional de la vida privada personal y familiar, sin embargo, presentan distinto objeto. Y así, mientras el derecho a la intimidad extiende su garantía a la intimidad constitucionalmente protegida a los datos íntimos de la persona, el derecho fundamental a la protección de datos, amplía aquella garantía constitucional, extendiéndola a aquellos datos que sean relevantes o tengan incidencia en el ejercicio de cualquier derecho de la persona, sean o no derechos constitucionales. Consecuentemente, cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, quedan dentro del objeto de protección del derecho previsto en el art. 18.4CE. En definitiva, sirve para proteger todos aquellos datos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que pueda constituir una amenaza para el individuo.

Desde esta perspectiva, se considera que la intimidad protege la esfera más reservada de las personas, mientras que la privacidad abarca facetas de la personalidad que, aunque aisladamente consideradas puedan carecer de significación, enlazadas entre sí, arrojan un retrato de la personalidad del individuo que este tiene derecho a mantener reservado<sup>18</sup>. En este sentido, el ámbito reservado a la privacidad resulta considerablemente más amplio que el correspondiente a la intimidad.

El ejercicio de los derechos fundamentales y su posible modulación en el ámbito de las relaciones laborales no es por tanto una materia ni mucho menos novedosa. Por el contrario, se trata de una cuestión que ha venido preocupando y ocupando a nuestra doctrina científica. La novedad reside, más bien, en la necesidad que se deriva de la implementación de los actuales avances tecnológicos, consistente en establecer un justo equilibrio entre el uso de las legítimas facultades empresariales y el respeto a este derecho a la privacidad y protección de datos de las personas trabajadoras, tanto en el ámbito del trabajo, como en su vida privada<sup>19</sup>.

Por tanto, pese a que viene siendo objeto de estudio, no se trata de una labor que podamos considerar culminada, sino que necesariamente, se encuentra inconclusa y sometida a su constante revisión debido, precisamente, a las posibilidades y avance que presentan en nuestros días, principalmente el desarrollo de sistemas de IA combinados con tecnologías BD aplicadas al ámbito laboral, que provocan la necesidad permanente de reajustar los inestables límites de este ansiado equilibrio en un espacio de tiempo y lugar determinado.

<sup>16</sup> BOE 4 de enero 2001.

<sup>17</sup> Sentencia del Tribunal Supremo Sala IV 111/2018, de 7 de febrero (Rec. 78/2017).

<sup>18</sup> Mercader Uguina, J.R., *Protección de datos y garantía de los derechos digitales en las relaciones laborales*, Ed. Francis Lefebvre. Claves Prácticas, Madrid, 2019, pág. 23.

<sup>19</sup> Adams-Prassl, J., "When your boss comes home", *C4E The future of work in the age of automation and IA*, 2020, pág. 5 y ss.

Y es que esta necesidad de ajuste y reequilibrio lejos de ser temporal está llamada a convertirse en estructural de las relaciones humanas de trabajo, puesto que nos encontramos ante un desarrollo incipiente de las posibilidades que presenta la IA, de la cual, por el momento, sólo conocemos una parte, lo que se denomina IA específica o débil, consistente en realizar una tarea concreta en un entorno predefinido, pero sin capacidad de adaptarse a cambios sobrevenidos, ni dotados de conciencia o conocimiento profundo sobre sí mismos, ni sobre lo que están realizando. Junto a este desarrollo inicial de la IA que estamos conociendo en nuestros días, ya han sido definidos estados más evolucionados de la misma, denominados IA general y super-inteligencia<sup>20</sup>.

El debate científico que ha de ocuparnos, por tanto, no puede entroncarse en la dicotomía entre los argumentos a favor y en contra de los avances que posibilita la IA y BD en el ámbito de la relación laboral, sino que debemos dirigir nuestros esfuerzos a colmar las lagunas e incertidumbres que abre la regulación que por el momento, ofrece tanto nuestro Derecho Interno, como a nivel supranacional, en el ámbito de la protección de este derecho fundamental de las personas trabajadoras, que puede quedar seriamente comprometido por la implementación de estos sistemas.

### 3. EL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS: SU EFICACIA EN EL ÁMBITO DIGITAL LABORAL

El Reglamento UE 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y la libre circulación de estos datos (en adelante RGPD), en su art. 88 y el considerando 155 de su Exposición de Motivos, viene a proclamar por primera vez, la plena aplicación del tratamiento de la protección de datos personales en el ámbito de las relaciones laborales. Por tanto, resulta inevitable la toma en consideración de esta normativa europea con el fin de dispensar una protección eficaz a este ámbito de la privacidad de las personas trabajadoras.

La propia Exposición de Motivos del RGPD, aunque parte del reconocimiento del derecho fundamental a la protección de datos personales, recuerda que no estamos ante un derecho absoluto, puesto que el tratamiento de estos datos está concebido para servir a la humanidad (considerando 4), admitiendo la posibilidad de que quede sometido a sacrificios proporcionados, a fin de asegurar que su ejercicio devenga compatible con el de otros derechos fundamentales, entre los que expresamente se menciona a la libertad de empresa.

---

20 Del Jesus Diaz, M.J., *Inteligencia artificial y datos para la sociedad. Lección Inaugural pronunciada con ocasión de la solemne apertura del Curso Académico 2021-2022*, Servicio de Publicaciones Universidad de Jaén, Jaén, 2021. En este orden evolutivo, distingue la autora IA general o fuerte, que haría referencia a los sistemas dotados de inteligencia humana y, por tanto, capaces de realizar cualquier tarea que pueda realizar un ser humano. Por su parte, la super-inteligencia haría referencia a la inteligencia que supere ampliamente el desarrollo cognitivo del ser humano en cualquiera de los ámbitos de interés.

Esta regulación se orienta a proteger la privacidad de las personas en general, defendiendo su contemplación desde el mismo diseño de los sistemas automatizados (art. 25 RGPD), poniendo el acento en la responsabilidad proactiva del usuario de estos datos (art. 24RGPD), quien deberá adoptar, sobre el criterio de ponderación, las medidas técnicas y organizativas más adecuadas en cada caso, al objeto de garantizar el respeto a la protección de datos y su demostración (art. 5.2 RGPD). En caso contrario, podrán derivarse responsabilidades, tanto de naturaleza administrativa como civil patrimonial, a través en este último caso del reconocimiento de indemnizaciones (art. 82 RGPD) basadas en el principio de responsabilidad objetiva por los incumplimientos normativos.

Este modelo europeo de privacidad establece dos garantías esenciales, cifradas en el control humano y la transparencia algorítmica. La primera conlleva la prohibición general de adoptar decisiones completamente automatizadas, sin intervención humana significativa, que produzcan un impacto real y relevante sobre las personas interesadas. Junto a ella, la garantía de transparencia trata de articular el derecho a una explicación conducente a que la persona interesada pueda conocer y comprender cómo y en base a qué se han adoptado las decisiones que le afectan.

La privacidad adquiere así una amplia dimensión en el contexto digital, que abarca una protección frente a la utilización de datos personales que, aparentemente pueden resultar inocuos, pero que combinados, pueden dar lugar a un perfilado de la persona, por lo que se considera que estamos ante un derecho fundamental de tercera generación<sup>21</sup>. Por tanto, se trata de un derecho reforzado, debido también a su constitucionalización a nivel europeo (art. 8 CDFUE) y se convierte en un derecho que opera más allá de los márgenes de la esfera privada. De este modo, la expectativa razonable de privacidad se reconduce a los márgenes del cumplimiento legal exigidos desde la normativa europea y estatal que lo regule<sup>22</sup>.

Estas exigencias trasladadas al ámbito de la utilización de técnicas de BD e IA en entornos digitales laborales, suponen la necesidad de contemplar el diseño de una política de privacidad en la empresa desde el origen, como componente esencial, que comporte medidas técnicas y organizativas, tanto en el momento de seleccionar los medios de tratamiento de datos, como a la hora de desarrollar el mismo, garantizando que sólo sean objeto de tratamiento los mínimos datos necesarios para cada fin específico (art. 5 RGPD) y sometida, por tanto, a procesos de auditorías<sup>23</sup>.

La posibilidad de auditar los sistemas de IA adquiere así un matiz esencial, puesto que estos sistemas de auditorías, tanto internos como externos, y la disponibilidad de los informes emitidos como resultado de los mismos, contribuyen en gran medida a aumentar la fiabilidad de la tecnolo-

21 Pérez Luño, A.E., "Los derechos humanos en la sociedad tecnológica", en AA.VV. (Losado, M.G., Pérez Luño, A.E. y Guerrero Mateus, M.F., Dirs.), *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pág. 142 y ss.

22 Baz Tejedor, J.A., "Inteligencia artificial y privacidad del trabajador predecible" en AA.VV. (Baz Tejedor, J.A., Dir.), *Los nuevos derechos digitales laborales de las personas trabajadoras en España. Vigilancia tecnificada, teletrabajo, inteligencia artificial, big data*, Wolters Kluwer, 2021, págs. 316-349.

23 Baz Tejedor, J.A., "Inteligencia artificial y privacidad del trabajador predecible" en *Los nuevos Derechos digitales laborales de las personas trabajadoras en España*, op. cit., págs. 328-329.

gía implantada. El valor que adquieren estas auditorías externas resulta si cabe, más apremiante, en el caso en que las aplicaciones afecten a los derechos fundamentales, tanto como herramienta de control, como de transparencia<sup>24</sup>.

Esta política específica de privacidad debe responder de forma adecuada a las condiciones en que se desarrolle la propia prestación de trabajo, así como a la naturaleza de los datos que puedan resultar afectados por esta gestión. En este sentido, en los casos en que esta prestación laboral se realice en condiciones de movilidad o teletrabajo, la política específica de privacidad habrá de contemplar las necesidades y riesgos concretos que se hacen derivar del acceso a los recursos de la empresa desde espacios que escapan al control de la misma<sup>25</sup>. De igual forma, será necesario graduar la intensidad protectora, atendiendo a la naturaleza de los datos que resulten afectados, de modo que se garantice a aquellos que merecen el calificativo de especialmente sensibles, una protección reforzada, basada en el principio general de prohibición de su tratamiento (art. 9 RGPD), salvo que concurran determinadas excepciones<sup>26</sup>.

En este entramado de garantías que ha de rodear el recurso a sistemas de BD e IA en el ámbito laboral, resulta también imprescindible referirse a las herramientas para dar cumplimiento y demostrar la adopción de esta política de privacidad específica y adecuada a la que nos venimos refiriendo, a lo cual se orientan los códigos de conducta y los mecanismos de certificación (art 25.3 RGPD). Con estos instrumentos se trata de generar la confianza necesaria entre los afectados, en que existen mecanismos dirigidos a tutelar su privacidad desde el propio diseño, evaluándose los riesgos y adoptándose las medidas que resulten necesarias para mitigarlos, hasta su completa eliminación. Sin embargo, el juego de estas herramientas puede verse limitado en el ámbito laboral, para favorecer precisamente la participación de las propias personas trabajadoras, lo cual, trata de articularse a través de los derechos de información y consulta atribuidos a su representación (art. 35.9 RGPD), como de negociación colectiva no sólo a nivel sectorial sino también incluso a nivel de empresa (Considerando 155 y artículo 88 RGPD). Todo ello son expresiones de la preferencia que la norma comunitaria presenta por la gestión colectiva de la privacidad de las personas trabajadoras<sup>27</sup>.

Por tanto, la regulación que ofrece el RGPD facilita el tratamiento de datos en el ámbito laboral, lo cual resulta coherente con el principio de favor que inspira esta normativa europea, hacia los modelos de negocio digitales y los flujos de datos transnacionales. Sin embargo, ello no es óbice como

24 Álvarez Cuesta, H., *El impacto de la inteligencia artificial en el trabajo: desafíos y propuestas*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2020, pág. 103 y ss.

25 Agencia Española de Protección De Datos. *Recomendaciones para proteger los datos personales en situaciones de movilidad y teletrabajo*. Disponible en <https://www.aepd.es/es/documento/nota-tecnica-proteger-datos-teletrabajo.pdf>.

26 Del Val Tena, A.L., "Categorías especiales de datos personales en el ámbito de la relación de trabajo". *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 148, 2021, págs. 148-185. Respecto a la paradoja que el marco normativo europeo presenta en el tratamiento de estos datos especialmente sensibles frente a los datos personales comunes, Vid. Molina Navarrete, C., *Datos y derechos digitales de las personas trabajadoras...* op. cit. pág. 118.

27 Baz Tejedor, J.A., "Inteligencia artificial y privacidad del trabajador predecible", op. cit., pág. 330. La propia Agencia Española de Protección de datos ha tomado como referencia en ocasiones esta intervención de la negociación colectiva. Vid. Informes AEPD 252/2006, 0154/2010 y 0384/2010.

vemos, para que establezca límites explícitos, consistentes en la exigencia de medidas adecuadas y específicas para preservar los intereses legítimos y los derechos fundamentales de las personas implicadas<sup>28</sup>.

Más en concreto, por lo que interesa al ámbito específicamente laboral, el alcance que puede llegar a tener esta normativa europea, cuando encomienda a los Estados la posibilidad de establecer “normas específicas” para proteger los derechos y libertades de las personas trabajadoras en relación al tratamiento de sus datos personales (art. 88 RGPD), está siendo en la actualidad objeto de valoración en el seno del TJUE, en el marco del Asunto C 34/21 (*Hauptpersonalrat der Lehrerinnen und Lehrer beim Hessischen Kulturministerium*)<sup>29</sup>, el cual puede llegar a representar un punto de inflexión en el tratamiento que los distintos Estados miembros han venido dispensando a esta materia a través de sus respectivas normativas nacionales, así como en la interpretación que de las mismas vienen haciendo los respectivos órganos jurisdiccionales. Se trata de la primera vez que el TJUE tiene ocasión de pronunciarse sobre este aspecto, de ahí el interés y expectativas que ha suscitado este pronunciamiento, a tenor además de las Conclusiones formuladas por el Abogado General Campos Sánchez Bordona, que fueron presentadas el 19 de enero de 2023<sup>30</sup>.

Lo cierto es que ya desde el mismo momento de su entrada en vigor, se pusieron de manifiesto las deficiencias que presenta este RGPD para erigirse como baluarte de la protección de la privacidad de las personas trabajadoras<sup>31</sup>, lo cual, se evidencia especialmente ante las posibilidades flexibilizadoras que permite el art. 6.4 RGPD, al ofrecer una posible cobertura jurídica a la reutilización de la información de las personas trabajadoras obtenida o extraída mediante técnicas de IA y BD. En este sentido, el RGPD no extiende el nivel de garantías que establece hasta los datos inferidos. Sin duda, ello representa un riesgo de afectación sin precedentes a los derechos fundamentales a la intimidad, privacidad y la protección de datos personales. Una afectación que se retroalimenta y es que, cuantos más datos puedan conocerse o inferirse de las personas, mayor será el impacto sobre la esfera de su intimidad y privacidad<sup>32</sup>.

28 Baz Rodríguez, J., “Los derechos digitales de la ciudadanía laboral en la era postpandémica. Coordenadas institucionales y perspectivas de futuro (¿inmediato?)”, en AA.VV. (Baz Rodríguez, J., Dir.), *Los nuevos derechos digitales laborales de las personas trabajadoras en España. Vigilancia tecnificada, Teletrabajo, inteligencia artificial, big data*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021, págs. 20-41.

29 Esta cuestión prejudicial fue planteada el 20 de enero de 2021 por el Tribunal administrativo de Wiesbaden, en la que se solicita que el TJUE determine si una normativa estatal del Land de Hessen, contiene una norma específica en materia de protección de datos de los empleados y al mismo tiempo, si ello resulta compatible con el art. 88 RGPD.

30 Disponibles en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:62022CC0141> En concreto, defiende el letrado en sus conclusiones que el art. 88.2 RGPD representa un mínimo indisponible de protección para los derechos internos de los distintos Estados miembros, susceptible en todo caso de mejora, si se opta por reforzar esta dimensión protectora, a través de “normas más específicas de garantía”.

31 Al tratamiento específico de esta materia aparece dedicada la guía realizada por la AEPD sobre *La protección de datos en las relaciones laborales* publicada en el año 2021 y disponible en <https://www.aepd.es/es/prensa-y-comunicacion/notas-de-prensa/aepd-publica-guia-pd-y-relaciones-laborales>

32 Gines I Fabrellas, A., “Gestión algorítmica del trabajo: nuevos retos jurídicos, tecnológicos y éticos” en *Digitalización, recuperación y reformas laborales, XXXII Congreso Nacional Asociación Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, op. cit., págs. 295-320.

En este sentido, se ha llegado a afirmar que nunca antes este derecho fundamental a la privacidad, se habría encontrado tan amenazado como en la actualidad, debido al tratamiento permanente e indiscriminado de datos personales de los que se nutre la vida social y económica<sup>33</sup>. Las amenazas a esta privacidad no consistirían ya solamente en la posibilidad de que un dato relativo al ámbito de la esfera privada quede revelado públicamente, sino en la multiplicación de los usos posteriores a los que, como vemos, pueda destinarse la información recabada inicialmente.

Con ello surge otro problema y es que la protección de este derecho descansa sobre la piedra angular de su dimensión individual, promoviendo la autoprotección de la persona titular de estos datos, que ha de ser consciente y conocedora de los riesgos que un uso indebido entraña para su privacidad, actuando mediante el uso diligente y responsable de los mismos. De esta manera en el ámbito laboral, la persona trabajadora no aparece concebida únicamente como sujeto protegido, sino que también en la lógica del RGPD, aparece como sujeto obligado, pasando a ser considerada en definitiva, como factor de riesgo para la seguridad de los datos personales de las demás partes interesadas, ya sea la propia empresa, el resto de personas trabajadoras, clientes, proveedores, etc, resultando la empresa obligada a responder de las posibles actuaciones negligentes del trabajador en esta materia<sup>34</sup>.

Existe consenso al considerar que con el RGPD se ha perdido una gran oportunidad de regular con carácter específico el ámbito laboral, dado que es en este ámbito, donde más radicalmente se muestran esta nueva tipología de conflictos entre los poderes tecnológicos y los derechos fundamentales de las personas<sup>35</sup>. Sin embargo, la opción legislativa seguida ha preferido no ofrecer esta regulación específica y dejarlo a la libre decisión de los legisladores nacionales o interlocutores sociales, según los casos (art. 88 RGPD), con el consiguiente riesgo ya materializado de fractura en el tratamiento existente entre distintos estados miembros de la UE.

El RGPD presenta una naturaleza que podríamos denominar dual, y es que, pese a que tiene como objetivo fundamental la protección de datos personales, también se orienta significativamente a no obstaculizar el flujo de estos datos, siempre que se respeten las debidas garantías en cada caso. Por tanto, trata a toda costa de evitar limitar el próspero mercado interior de datos europeo, el cual, según las estimaciones realizadas por el propio Parlamento Europeo<sup>36</sup>, aporta 51,600 millones

33 Molina Navarrete, C., *Datos y derechos digitales de las personas trabajadoras en tiempos de (pos)covid19: entre eficiencia de la gestión y garantías*, Bomarzo, Albacete, 2021, pág. 21.

34 Molina Navarrete, C., *Datos y derechos digitales de las personas trabajadoras en tiempos de pos(covid)19: entre eficiencia de gestión y garantías*, op. cit., pág. 96. Esta obligación de gestión digital diligente de las personas trabajadoras exigirá como contrapartida, su necesaria capacitación digital, con el fin de que pueda desplegar esta obligación de manera correcta y con garantías, y ello como aplicación al ámbito laboral del derecho a la educación digital (art. 83 LOPDGDD) y condición del propio derecho a la seguridad digital (art. 82 LOPDGDD).

35 García Quiñones, J.C., "Reflexiones sobre la necesidad de una regulación legal transversal para la utilización de los algoritmos en el ámbito de las relaciones laborales", en AA.VV., *Digitalización, recuperación y reformas laborales, Comunicaciones al XXXII Congreso Nacional Asociación Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, op. cit., págs. 1251-1261. Defiende el autor la necesidad de emprender esta regulación decidida en el ámbito de la Unión Europea.

36 Parlamento Europeo: *Protección de datos personales*. Disponible en <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/157/la-proteccion-de-los-datos-personales>

de Euros al PIB de la Unión Europea, así como ofrecer seguridad al tratamiento de datos que respondan a intereses legítimos de los encargados de este tratamiento o de terceros. De esta forma el tratamiento de datos cada vez más extendido a lo largo y ancho de la gestión empresarial europea se convierte en una “mina de gestión laboral eficiente”, que permite mayores rendimientos con menores costes<sup>37</sup>.

Por el momento, resulta evidente que la implantación de sistemas de IA y BD en la gestión laboral plantea problemas hermenéuticos y normativos, junto a errores y sesgos de carácter eminentemente técnico que estos sistemas pueden presentar<sup>38</sup>, frente a los cuales, las respuestas desde el ámbito jurídico no están surgiendo a la misma velocidad a la que avanza esta tecnología, ni en cuanto a su regulación, ni por lo que respecta a las consecuencias de sus incumplimientos, ni tampoco por lo que aquí más nos interesa, sobre el impacto que pueden llegar a desplegar en el ámbito de los Derechos fundamentales.

Sin duda el RGPD fue un hito normativo que ha permitido logros en el tratamiento y utilización de datos personales, pero que resulta demasiado genérico e impreciso en muchos aspectos y que pronto ha evidenciado sus límites para su correcta implementación en el ámbito concreto de la IA y BD, especialmente en el ámbito de las relaciones laborales<sup>39</sup>.

## 4. TRATAMIENTO DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS EN NUESTRO DERECHO INTERNO

Por lo que respecta a nuestro ordenamiento interno, el art. 18.4 CE configura como sabemos, el derecho fundamental a la protección de datos personales, cuyo objeto excede el ámbito propio de los datos íntimos de la persona, hasta abarcar cualquier tipo de dato, cuyo conocimiento o uso por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales<sup>40</sup>.

Así mismo, contamos desde hace casi un lustro con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (en adelante LOPDGDD), que es

37 Molina Navarrete, C. “Economía de datos, mercados digitales de empleo y gestión analítica de personas: retos para la transición a una sociedad del e-trabajo decente”. Op, Cit. pág. 9.

38 Para una profundización en estos errores de carácter técnico, que pueden dar lugar a correlaciones falsas entre las distintas variables analizadas, Vid. Baz Tejedor, J.A., “Inteligencia artificial y privacidad del trabajador predecible”, en AA.VV. (Baz Tejedor, J.A., Dir.), *Los nuevos derechos digitales laborales de las personas trabajadoras en España. Vigilancia tecnificada, teletrabajo, inteligencia artificial, big data*, Wolters Kluwer, 2021, págs. 316-349.

39 Valls Prieto, J., *Inteligencia artificial, Derechos Humanos y bienes jurídicos*, Thomson Reuters, Navarra, 2021, págs. 71-84.

40 González Díaz, F.A., “Intimidad y protección de datos como derechos vertebradores en el uso de dispositivos de videovigilancia en el lugar de trabajo”, *Revista Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 451, 2020, pág.153.

la encargada de llevar a cabo la adaptación a nuestro Derecho interno del RGPD. En concreto, por lo que respecta al ámbito laboral, esta adaptación se realiza a través de su Título X, dedicado a la garantía de los Derechos digitales. Se trata de un Título que no estaba incluido originariamente en el texto del proyecto de esta ley, sino que fue el resultado de enmiendas transaccionales en un contexto de fuerte crispación política e institucional.

Desde su aprobación, son muchas las críticas que ha venido recibiendo el tratamiento que esta norma específica dispensa en el ámbito laboral y que tratan de poner de manifiesto su incapacidad para responder a los riesgos que plantea la protección de datos de las personas trabajadoras en los contextos laborales actuales, caracterizados por una intensa datificación<sup>41</sup>.

La LOPDGDD parte de considerar procedente el tratamiento de datos de carácter personal en el ámbito laboral para fines legítimos, con el respeto a ciertas garantías tanto en el plano individual, basadas en los mecanismos de transparencia, como de carácter colectivo, a través de la participación de la representación de las personas trabajadoras.

Lo cierto es que este derecho reclama en la actualidad un mayor protagonismo y, por ende, mayores dosis de seguridad en su protección en el ámbito de las relaciones laborales, básicamente por dos motivos: En primer lugar, debido al mayor riesgo de su vulnerabilidad en entornos laborales altamente digitalizados, donde el dato aparece como materia prima valiosa. De esta manera, se actualiza el riesgo de gestionar información y datos de la persona trabajadora que vaya más allá de la que resulta necesaria para la ejecución del contrato de trabajo, o apelando a un interés empresarial, aquella que supere la mera protección y seguridad de los bienes y personas de la empresa. Junto ello, la especial consideración que reclama en nuestros días este derecho a la protección de datos se hace derivar del carácter instrumental que adquiere para la propia protección y salvaguarda de otros derechos fundamentales, y ello porque, sin perjuicio de reconocer su carácter autónomo, su lesión puede implicar al mismo tiempo, la de otros derechos de este mismo carácter, tales como el derecho a la igualdad y no discriminación, la intimidad, el derecho a la imagen, al honor, al secreto de las comunicaciones, entre otros, lo que en definitiva, nos conduce a una revitalización del debate de los derechos fundamentales en los entornos de trabajo cada vez más digitalizados<sup>42</sup>.

Las enormes cantidades de datos que hoy se recogen y que se podrán almacenar, analizar, comercializar y desarrollar con más intensidad gracias a las tecnologías como 5G y el blockchain, la tecnología cuántica, el internet de las cosas, representa un enorme reto para la protección de este derecho fundamental, en particular en el caso de las personas trabajadoras y es evidente que estas cuestiones, no encuentran hoy por hoy en la LOPDGDD una respuesta completa y segura. Esta nor-

41 Rodríguez Escanciano, S., *Derechos laborales digitales: garantías e interrogantes*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019; Mercader Uguina, J.R., *Protección de datos y garantía de los derechos digitales en las relaciones laborales*, op. cit.; Fernández Ramírez, M., *El derecho del trabajador a la autodeterminación informativa en el marco de la actual empresa "neopanóptica"*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

42 Molina Navarrete, C., "El "trabajador transparente" entre metáfora y realidad y el efecto útil de los derechos de la personalidad en la empresa del Siglo XXI", *Revista de Trabajo y Seguridad, CEF*, núm. 419, 2018, pág. 115 y ss.

ma específica se limita en muchos casos a recoger los criterios jurisprudenciales que estaban vigentes en el momento de su aprobación, algunos de los cuales han sido corregidos con posterioridad<sup>43</sup> y quizás precisamente ahí reside la generalizada sensación de insatisfacción que viene rodeando la aplicación de este cuerpo normativo en nuestro país, unido a la falta de especificidad que presenta esta normativa en su aplicación al ámbito laboral, y por ende, su falta de consideración hacia los principios inspiradores de la misma y a sus fuentes de derecho.

En este sentido, LOPDGDD a partir de su artículo 79, ha venido a preconizar una especie de estatuto de derechos y libertades fundamentales del entorno digital. Sin embargo, esta regulación aparece plagada de remisiones normativas, de deficiencias técnicas, de contradicciones y de lagunas jurídicas, por lo que en la práctica, ha venido a aportar más inseguridades jurídicas que soluciones en el ámbito laboral<sup>44</sup>.

En efecto, esta norma recurre con demasiada frecuencia a la técnica de remisión normativa, en concreto a la regulación que ofrece el RGPD, lo cual ocurre con más intensidad aún en el contenido específicamente laboral de esta ley orgánica, renunciando de esta forma el legislador nacional a concretar los propios contenidos y garantías que ofrece la norma comunitaria<sup>45</sup>, al tiempo que obliga al operador jurídico a realizar una labor integradora, que aporte soluciones razonables a los conflictos generados por los distintos intereses en juego.

En esta labor de integración e interpretación no deberíamos apartarnos del criterio hermenéutico y ser conscientes en todo momento de que estamos ante una ley cuya última razón de ser es aportar una garantía adicional de protección al reconocimiento de un derecho fundamental, por lo que debe ser objeto de interpretación expansiva y no restrictiva<sup>46</sup>. Sin embargo, paradójicamente es la interpretación limitativa y restrictiva del derecho fundamental a la protección de datos la que resulta por el momento predominante en nuestro panorama de relaciones laborales.

Son tales los déficit que plantea esta regulación, sobre todo por lo que aquí nos interesa, en su contenido laboral, que se ha llegado a considerar que no estamos más que ante una regulación embrionaria o en construcción, preparatoria en definitiva, de una regulación más madura, cuidada y específica de esta materia de la protección de datos, que habrá de abordarse y adecuarse al momento de desarrollo y madurez que han alcanzado las técnicas de BD y de IA, y la aplicación que

43 Es el caso del TEDH que, a través de su Sentencia de 17 de octubre de 2019, corrige su criterio anterior en el Asunto López Ribalda II, que permite la grabación con efectos de control sin necesidad de información previa. Vid. Altés Tárrega, J.A., "La videovigilancia encubierta en la nueva regulación sobre derechos laborales digitales y la incidencia de la STEDH López Ribalda II", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2020, núm. 55, pág. 335 y ss.

44 Rodríguez Escanciano, S., *Derechos Laborales Digitales: Garantías e interrogantes*, Aranzadi, Pamplona, 2019, pág. 32 y ss.

45 Preciado Domenech, C.H., *Los derechos digitales de las personas trabajadoras*, Aranzadi, Pamplona, 2019, pág. 40.

46 Molina Navarrete, C., *Datos y derechos digitales de las personas trabajadoras...op. cit.*, pág. 182.

de las mismas se viene haciendo al ámbito de la gestión de las relaciones laborales, abogando por emprender cuanto antes esta labor de regulación integral<sup>47</sup>.

En este sentido, la regulación que ofrece la LOPDGPP a efectos de garantizar los derechos digitales en el entorno laboral está muy lejos de cumplir esta misión. Más bien, esta regulación ha tenido el efecto de conceder en nuestro país una habilitación general para el tratamiento de estos datos orientada a satisfacer los fines e intereses de la parte empresarial<sup>48</sup>. Frente a este posicionamiento, son numerosas las voces autorizadas que han puesto de manifiesto la dificultad de optar por soluciones estandarizadas, en cuanto a la concurrencia de interés legítimo empresarial que justifique el tratamiento de datos de carácter personal de las personas trabajadoras, apostando siempre por la necesidad de estar a las circunstancias que concurran en el caso concreto<sup>49</sup>. Precisamente, es este el postulado que se hace derivar del propio RGPD, el cual insiste en la necesidad de llevar a cabo ponderaciones concretas de los distintos intereses concurrentes en cada caso<sup>50</sup>.

Descendiendo ya al contenido concreto de esta norma específica en materia de protección de datos, que resulta de aplicación al ámbito laboral, sus artículos 87 a 91 nos presentan un catálogo de derechos digitales, carente de exhaustividad y en el que como anticipábamos, se ha limitado a recoger la doctrina jurisprudencial recaída en esta materia de protección de datos, con anterioridad a su entrada en vigor. En concreto, son cuatro los derechos digitales básicos que esta norma contempla: el derecho a la intimidad de los trabajadores en el uso de dispositivos digitales en la empresa (art. 87), así como frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos (art. 89), y ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral (art. 90) y el derecho a la desconexión digital (art. 88), indirectamente también conectado a la privacidad, aunque más íntimamente unido al derecho al descanso y a la limitación de las jornadas, como garantía a la integridad físico-psíquica de la persona trabajadora en el entorno laboral digital. Todos ellos resultan mejorables a través de las llamadas a la negociación colectiva que la norma realiza (art. 91).

Quedan silenciadas a lo largo del contenido de esta ley orgánica materias tan esenciales para la adecuada protección del derecho a la protección de datos de las personas trabajadoras, como son los límites que cabe oponer frente a la extracción de datos masiva en el desarrollo de la relación laboral, así como los que puedan oponerse frente a posteriores tratamientos de estos datos, con finalidad predictiva. Esta falta de previsión del legislador nacional obliga al intérprete jurídico a acudir directamente a la regulación genérica que ofrece el RGPD, concretamente en su artículo 22.

47 Baz Rodríguez, J., *Privacidad y protección de los trabajadores en el entorno digital*. Bosch- Wolters Kluwer, Madrid, 2019, pág. 144 y ss. En apoyo a esta reivindicación podríamos traer a colación el reconocimiento que la propia LOPDGDD contiene en su Preámbulo, respecto a la necesidad de contar con una futura reformulación constitucional de los derechos acordes con la ciudadanía digital en una era caracterizada por los datos masivos

48 Valdeolivas García, Y., "Derechos de información, transparencia y digitalización" en AA.VV., *Digitalización, recuperación y reformas laborales XXXII Congreso Nacional Asociación Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Alicante, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2022, pág. 187-222.

49 Esta es la opción que recomienda el GT29 a lo largo de sus Dictámenes sobre protección de datos, tanto en el relativo a la interpretación de interés legítimo del responsable del tratamiento de datos, Dictamen 06/2014, como en el posterior Dictamen 02/2017, relativo a la protección de datos en el trabajo

50 Molina Navarrete, C., *Datos y derechos digitales de las personas trabajadoras en tiempos de (pos)covid19: entre eficiencia de gestión y garantías*, op. cit., pág. 74.

Otro aspecto que nuestro legislador también ha omitido es el relativo a los posibles límites frente a la transmisión a favor de terceros, de datos de la persona trabajadora, materia esta que sí aparece regulada en la normativa comunitaria, concretamente en el art. 88 RGPD, en el ámbito de grupos empresariales o uniones de empresas.

Analizando, si quiera someramente, la regulación concreta que ofrece en esta materia laboral la LOPDGDD, el artículo 87 aparece como decimos, dedicado al reconocimiento del Derecho a la intimidad de la persona trabajadora, en caso de uso de dispositivos digitales titularidad de la empresa. Trata de ofrecer al empleado un mecanismo de control sobre sus datos personales, sobre su uso y su destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo de su dignidad y en concreto, de este derecho fundamental<sup>51</sup>. Por tanto, lo realmente protegido por el art. 87 LOPDGDD sería la privacidad de la persona trabajadora, lo que comporta un carácter multifuncional de protección respecto de informaciones registradas en los dispositivos utilizados que sean titularidad de la empresa.

Se ha considerado que la virtualidad que presenta este art. 87 reside más bien en dar respuesta al requerimiento jurisprudencial derivado de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), de aportar una norma de habilitación concreta para el control de datos, y no tanto en establecer un plus de garantías que actúen como límite y restricción a estos datos.

La doctrina del TEDH recaída en esta materia, STEDH Gran Sala, de 5 de septiembre de 2017, y elaborada especialmente a partir de la formulación del denominado Test Barbulescu contra Rumanía, ha venido a reconocer a todas las personas trabajadoras el derecho a realizar una vida privada social, a desarrollar su identidad social en cualquier relación, incluida, por tanto, también la laboral<sup>52</sup>.

La expectativa de privacidad de la persona trabajadora al utilizar los dispositivos tecnológicos de la empresa, no puede quedar sin más privada de contenido. Por tanto, siguiendo una interpretación integradora de la doctrina del TEDH en esta materia, podemos concluir que no podrá ser considerada legítima la prohibición total de usos privados razonables de los medios digitales titularidad de la empresa. Para desterrar esta expectativa razonable de privacidad, deberá concurrir una información precisa y previa respecto del control que la empresa puede realizar de estos dispositivos, salvo en los casos excepcionales en los que exista sospecha justificada de conductas graves y teniendo siempre como parámetro el juicio de proporcionalidad.

Por tanto, la regulación que actualmente ofrece el art. 87 LOPDGDD no resulta adecuada para garantizar un equilibrio entre el legítimo ejercicio de poder empresarial y el respeto al derecho fundamental de las personas trabajadoras a la protección de datos. Se trata más bien de una norma

51 Monereo Pérez, J.L., "La dignidad de los trabajadores: la dignidad como principio fundante y como derecho fundamental", *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 239, 2021, pág. 51 ss. Goñi Sein, J.L., "Uso de los dispositivos digitales en el ámbito laboral", en AA.VV., *Los nuevos derechos digitales laborales de las personas trabajadoras en España*, op. cit. págs. 45-82.

52 Esta materia es abordada en profundidad en los estudios de Cruz Villalón, J. "La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia laboral", y Molina Navarrete, C., "El derecho a la vida privada del trabajador en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos diálogo o conflicto con la jurisprudencia nacional" recogidas ambos en *Revista Temas Laborales*, núm. 145, 2018, págs. 17- 53 y 121-160, respectivamente.

destinada a establecer la habilitación para el ejercicio de las potestades de control empresarial, más que de fijar garantías precisas para la protección de este derecho.

Por su parte, el artículo 89 LOPDGDD aparece dedicado al reconocimiento del derecho a la intimidad de las personas trabajadoras, esta vez, frente al uso de dispositivos de videovigilancia en la empresa.

El recurso generalizado que se viene haciendo en la actualidad en las empresas de estos sistemas, les permite generar un banco de datos personales susceptibles de ser utilizados en múltiples finalidades y por tanto, que mayores riesgos conlleva para el respecto de los derechos fundamentales, en particular, de las personas trabajadoras.

En contraste con estos mayores riesgos, la regulación que ofrece en nuestro país la ley orgánica específica en esta materia se muestra permisiva respecto al uso de estos recursos de grabación para la satisfacción de intereses empresariales, permitiendo el tratamiento de los datos así obtenidos, sin más límites que los derivados de una ambigua formulación de la garantía de transparencia.

Sin embargo, esta permisividad que muestra la LOPDGDD no casa bien con las recomendaciones formuladas en esta materia tanto por el Consejo de Europa<sup>53</sup>, como con el posicionamiento que viene manteniendo de forma reiterada el anterior Grupo de Trabajo 29<sup>54</sup>, hoy constituido en Comité Económico y Social y dotado de carácter consultivo especializado.

Esta orientación hacia la satisfacción de los intereses empresariales, lleva incluso al legislador nacional a ignorar por completo los derechos fundamentales implicados, en el caso de que se trate de probar actos constitutivos de infracción muy grave en el desarrollo de la relación laboral, en cuyo caso incluso se exime a la empresa de la obligación previa de informar de la instalación y fines de estos sistemas de videovigilancia.

De esta forma, el derecho del empleador a obtener la prueba fehaciente de este incumplimiento laboral, a través de estos sistemas de videovigilancia, supone vaciar de contenido los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, que se verán así sometidas a este control<sup>55</sup>, del cual, a mayor abundamiento, solo tendrán noticias en la mayoría de los casos, en aquellos supuestos en que haya arrojado resultados positivos, cifrados en la obtención de la prueba fehaciente así buscada, con el consiguiente riesgo de que pueda seguir ejerciéndose este control en el resto de supuestos, de forma silenciosa, velada y sin sometimiento a límite temporal alguno.

---

53 Consejo de Europa, Recomendación CM/Rec (2015)5, de 1 de abril, sobre *Tratamiento de datos personales en el contexto del empleo*.

54 Vid. Grupo de Trabajo 29, Dictamen 4/2004, de 11 de febrero, sobre *Tratamiento de datos mediante vigilancia por videocámaras*.

55 Vid. Cruz Villalón, J., "Facultades de control del empleador ante los cambios organizativos y tecnológicos", *Temas Laborales*, núm. 150, 2019, págs. 13-44, quien aboga por llevar cabo en estos casos una aplicación rigurosa y no flexible del principio de proporcionalidad de esta medida.

Por su parte, el artículo 90 LOPDGDD aparece dedicado al derecho a la intimidad frente a la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral<sup>56</sup>. Este precepto, al que remite el art. 20 bis) ET, contiene una habilitación general al titular de la empresa, para recurrir a estos sistemas sin necesidad de justificar causa específica alguna.

De nuevo encontramos en ello una expresión más de la tendencia general que muestra nuestro legislador de dar respuesta a los intereses empresariales en el conflicto de intereses y derechos enfrentados que entran en juego en estas situaciones, apartándose con ello del principio tuitivo de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, al que debería razonablemente responder la norma específica surgida en el ámbito de la protección de datos de carácter personal, en su aplicación al entorno laboral.

El propio TEDH parece sumarse a esta tendencia, con su Sentencia, Sala IV, de 13 de diciembre 2022, Florindo de Almeida Vasconcelos Gramaxo v. Portugal, la que ha venido a completar su doctrina sobre la interpretación y aplicación del art. 8 del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos. En ella viene a conceder más peso a los medios de prueba y a la valoración que de los mismos se realiza por los tribunales nacionales y se muestra menos interesado en entrar a valorar si esta valoración puede resultar contraria al Derecho fundamental. En concreto, en este pronunciamiento no aprecia vulneración del derecho a la vida privada del trabajador despedido disciplinariamente, por los datos revelados por el sistema de geolocalización instalado en el vehículo de empresa puesto a su disposición. Esta interpretación del TEDH ha sido fuertemente contestada internamente, a través de la formulación de tres votos particulares, que consideran los hechos constitutivos de una vulneración “muy grave” del derecho a la vida privada del trabajador. En definitiva, se hace patente en el propio seno del TEDH las dos visiones opuestas de afrontar el conflicto generado entre el respeto al derecho a la privacidad del trabajador y el derecho a la gestión empresarial eficiente<sup>57</sup>.

Por lo que respecta a las previsiones del art. 91 LOPDGDD, se contienen en el mismo garantías de autorregulación normativa y de participación colectiva en la gestión del tratamiento de datos de carácter personal, que generan multitud de problemas interpretativos en relación a la vigencia de los derechos de participación y consulta ya reconocidos en este ámbito por la norma específica laboral, como es el art. 64E.T.

---

56 Molina Navarrete, C., “Poder de geolocalización, intimidad y autodeterminación digital en las relaciones de trabajo ¿un nuevo orden eficaz de garantías y límites”, *La Ley Digital*, núm. 14922, 2018; Casas Baamonde, M.E., “Los derechos fundamentales a la intimidad y a la protección de datos personales en la economía digital. Geolocalización de trabajadores a través del GPS de vehículo de empresa. Despido procedente”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 9, 2020.

57 Rojo Torrecilla, E., “La importancia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ámbito laboral y de protección social (III). Art. 8 y 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. ¿Cuáles son los límites del control por geolocalización del vehículo de trabajo? Notas a las Sentencia de 13 de diciembre de 2022, Caso Alfonso Florindo de Almeida Vasconcelos Gramaxo contra Portugal (con tres votos radicalmente discrepantes)” <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2023/01/la-importancia-de-la-jurisprudencia-del-5.html> entrada de 5 de enero.

Pese a sus múltiples deficiencias, este precepto ha venido a normativizar dos principios básicos de la gobernanza colectiva de la gestión participada de datos en el ámbito laboral: por un lado, el de autorregulación colectiva y por otro, el derecho de participación en el ejercicio del poder de control digital de la actividad laboral, a través del reconocimiento de derechos de información y consulta a favor de la representación colectiva de las personas trabajadoras.

A la vista de esta regulación que la LOPDGDD ofrece para la integridad del derecho fundamental a la protección de datos de las personas trabajadoras, no parece prudente considerar que estemos ante una regulación agotada, puesto que resulta deficiente ante los importantes retos que el avance actual de la IA, combinada con técnicas de BD, representa en el ámbito de las relaciones laborales, teniendo en cuenta además la amplitud de los objetivos diseñados en la ambiciosa Estrategia Europea para los datos<sup>58</sup>.

Recordemos en este sentido que el propio apartado IV del Preámbulo de la LOPDGDD anuncia una futura reforma constitucional que priorice su actualización a la era digital y que contemple una nueva generación de derechos digitales. Esta reivindicación de reforma constitucional adquiere pleno sentido dada la capacidad de afectación de los entornos digitales a todas las personas, a toda la ciudadanía y no sólo a las personas trabajadoras, en sus derechos más básicos.

Es un problema por tanto de decisión política y jurídica para diseñar un nuevo horizonte de regulación normativa en este ámbito. Desde luego, lo que resulta evidente es que el conflicto entre los intereses conducentes a obtener la mayor rentabilidad posible a través de la aplicación de tecnologías de IA y BD en la gestión del factor trabajo, y el respeto a los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, no se va a resolver de forma espontánea.

Resulta necesario abogar por la introducción de límites precisos capaces de oponerse eficazmente al objetivo mercantilizador del tráfico de datos de carácter personal, en definitiva, de la naturaleza humana, y que así mismo, garanticen potentes derechos digitales. "El principio de Estado Social y Democrático de Derecho no puede sufrir merma alguna por el modo (tecnológico) de ejercicio, por lo que el sentido de sistema de límites que resulta esencial al orden jurídico requiere de la efectividad de las garantías de protección de los derechos e intereses de la ciudadanía"<sup>59</sup>.

Por el momento, hemos de reconocer que en el ámbito estrictamente laboral sólo se ha avanzado tímidamente y de forma incompleta en la introducción de estos límites.

---

58 Esta se entiende conformada por tres documentos básicos, todos ellos de 19 de febrero de 2020: Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, *Una estrategia europea para los datos*, COM (2020), 65 final; *Libro Blanco sobre la Inteligencia Artificial: un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza*, COM (2020), 66 final; y *Configurar el futuro digital de Europa* disponible en <https://ec.europa.es>.

59 Molina Navarrete, C., "Duelo al sol (digital): ¿Un algoritmo controla mi trabajo? Sí; a tu empresa también." *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 457, 2021, pág. 20.

## 5. PROPUESTA DE REGULACIÓN DE LA IA DESDE EL ÁMBITO EUROPEO

### 5.1. Declaración conjunta del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión Europea sobre los Principios y Derechos Digitales en la Década Digital

Los distintos grupos de expertos constituidos en el ámbito europeo coinciden, al menos formalmente, en el objetivo de avanzar en el desarrollo de una IA confiable y centrada en el ser humano, una IA ética, que respete los valores y derechos fundamentales. Este compromiso ha quedado explicitado en la Declaración conjunta del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión Europea sobre los Principios y Derechos Digitales en la Década Digital emitida en enero de 2023<sup>60</sup>.

En concreto, su Capítulo II aparece dedicado al compromiso por alcanzar unas “Condiciones de trabajo justas y equitativas”, orientándose de manera expresa a lograr el respeto a los derechos fundamentales de las personas trabajadoras en los entornos digitales, aludiendo expresamente a su derecho a la privacidad, entre otros.

Para hacer realidad este objetivo se viene insistiendo en la necesidad de desarrollar una IA segura, transparente, explicable y libre de sesgos, potenciando una utilización amable y positiva para la sociedad de los resultados que arrojan las predicciones algorítmicas, introduciendo acciones positivas en estos algoritmos que lleven a privilegiar al colectivo o colectivos tradicionalmente discriminados en la toma de decisiones, y ello como forma de revertir el proceso que se ha venido a denominar “automatización de la desigualdad”<sup>61</sup>. Se trata en definitiva, en propiciar un marco regulatorio integral anclado en el principio de trabajo digno<sup>62</sup>, entendido como de intensa desmercantilización<sup>63</sup>.

También desde instancias europeas se viene insistiendo en la necesidad de que sea asumido desde este ámbito, la tarea de procurar la adaptación del marco normativo a las nuevas realidades

60 Parlamento Europeo, Consejo, Comisión Europea (2023, C23/01). Se trata de una Declaración conjunta de carácter declarativo que expresa el compromiso conjunto y la responsabilidad compartida entre la UE y sus estados miembros, por lograr una transformación digital centrada en las personas. Vid Rojo Torrecilla, E. “Declaración Europea sobre los Principios y Derechos Digitales para la Década Digital. Una nota sobre su contenido laboral”. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2023/01/declaracion-europea-sobre-los-derechos.html> entrada de 24 de enero 2023.

61 Eubanks, V., *La automatización de la desigualdad*, Capitán Swing S.L., 2021.

62 Consejo Económico y Social. Dictamen sobre “Trabajo digno en todo el mundo”. COM (2022) 66 final). En este Dictamen el CESE destaca que la UE debe utilizar todas las políticas a su alcance para conseguir el objetivo de trabajo digno en todo el mundo, situándolo en el centro de la recuperación económica sostenible y de la transición digital

63 Monereo Pérez, J.L., “Derecho al trabajo y derechos profesionales ante la innovación tecnológica y las nuevas formas de empleo”, en AA.VV. (Monereo Pérez, J.L., Vila Tierno, F., Esposito, M. y Perán Quesada, S., Dirs.) *Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales. Nuevos paradigmas para comprender el Derecho del Trabajo del siglo XXI*, op. cit. pág. 49.

y usos que permiten los sistemas de IA, y ello con el fin de evitar que la regulación separada e independiente por la que pudiera optar cada Estado miembro, pudiera llegar a suponer riesgos para la seguridad de los derechos fundamentales de la ciudadanía europea, para la propia aplicación de la ley, o bien acarrear desconfianza y fragmentación en el mercado único europeo<sup>64</sup>.

## 5.2. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadoras en materia de IA

Con este propósito se presentó en el año 2021 la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadoras en materia de inteligencia artificial y se modifican determinados actos legislativos de la Unión<sup>65</sup>. En ella se define la IA de la forma más neutral posible, con la finalidad de que se pueda adaptar en el largo plazo a nuevas realidades tecnológicas que actualmente se desconocen. Es una definición que no contempla la tecnología en sí, sino que analiza cómo se usa la IA y para qué. Concretamente, el artículo 3º la define como “el software que se desarrolla empleando una o varias de las técnicas y estrategias que figuran en el anexo I y que puede, para un conjunto determinado de objetivos definidos por seres humanos, generar información de salida como contenidos, predicciones, recomendaciones o decisiones que influyan en los entornos con los que interactúa”.

La propuesta se fundamenta en los marcos jurídicos existentes y sigue un enfoque basado en los riesgos, de tal forma que cuanto mayor sea el riesgo que un sistema de IA pueda causar, más estrictas deben ser las normas para supervisar su implantación y funcionamiento posterior. Y en este sentido, concretamente el empleo, la gestión de trabajadores y el acceso al autoempleo, aparecen expresamente recogidos como ámbitos de alto riesgo (Título III), atendiendo a la afectación que pueden suponer para los derechos a la igualdad, intimidad y protección de datos de las personas trabajadoras, al tiempo que reconoce expresamente que “los sistemas de IA utilizados para controlar el rendimiento y el comportamiento de estas personas también pueden afectar a sus derechos a la protección de datos personales y a la privacidad”.

No hay duda que esta propuesta normativa constituye un gran logro y coloca a la Unión Europea en referente internacional para abordar la regulación de los sistemas de IA, pero también presenta lagunas y carencias destacables. Y en este sentido, aunque parte del reconocimiento de alto riesgo que puede conllevar para los derechos fundamentales de las personas trabajadoras el uso de tecnologías basadas en IA, sin embargo, esta propuesta de Reglamento ha optado por permitir el uso de las mismas en el mundo laboral. Al mismo tiempo, no ofrece un acabado y completo marco regulatorio, sino

64 Comisión Europea: *Generar confianza en la Inteligencia artificial centrada en el ser humano*, Comunicación Comisión Europea COM (2019) 168 final; Parlamento Europeo: Resolución destinada a la Comisión sobre un marco de los aspectos éticos de la IA, la robótica y las tecnologías conexas. *Una inteligencia artificial centrada en el ser humano ética y confiable*, de 20 de octubre de 2020 (2021/C 404/04).

65 COM 2021/206 final, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52021PC0206>.

una muestra no exhaustiva, centrando la intervención normativa en las aplicaciones que entrañen alto riesgo, desatendiendo la regulación de todas aquellas que escapen a esta consideración, que podrán ser implementadas sin las garantías previstas en esta futura regulación comunitaria. Por lo tanto, los sistemas de IA que no merezcan esta consideración de alto riesgo, seguirán remitiéndose a las Directivas de carácter ético aprobadas por la Unión Europea en el ámbito de la IA fiable<sup>66</sup>. Con ello se actualiza el riesgo de que frente al objetivo general de proteger a los derechos fundamentales de la ciudadanía europea frente a los usos abusivos derivados de los sistemas de IA, se acabe finalmente privilegiando a las grandes empresas tecnológicas suministradoras de estos sistemas<sup>67</sup>.

Igualmente, se critica la falta de previsiones específicas que contiene esta propuesta para su aplicación al ámbito laboral, lo que anticipa fuertes tensiones y retos significativos, especialmente por lo que respecta a su futura aplicación al ámbito de las de las Pymes y start-ups. Precisamente, y con el fin de minimizar el impacto que puede conllevar su aplicación para las empresas europeas, se ha puesto en marcha en nuestro país un sandbox del entorno normativo sobre IA, dividido por sectores. Con esta experiencia piloto se trata de propiciar que las empresas puedan experimentar los efectos que la entrada en vigor de esta futura normativa puede suponer en sus organizaciones y avanzar en la implementación y el cumplimiento de las obligaciones que les acarrearé este futuro Reglamento, una vez que entre en vigor<sup>68</sup>.

Otra de las deficiencias en las que incurre esta propuesta de Reglamento Europeo es que ha obviado por completo la intervención de la representación de las personas trabajadoras, y ello en varios sentidos. Por un lado, se ha abstraído por completo de un proceso de dialogo social en el ámbito europeo; tampoco reconoce ningún ámbito de actuación a la negociación colectiva para concretar la regulación que propone; y por último, parte de la idea de que el mero cumplimiento de los requisitos de procedimiento que establece será suficiente para considerar autorizada la implementación de estos sistemas de IA en el ámbito laboral, sin que se incorpore ningún tipo de salvaguarda o garantía de participación que pueda hacer valer la representación de las personas trabajadoras en este proceso. Tanto es así, que se ha puesto de manifiesto el riesgo de que sea considerada como una norma de máximos y no de mínimos, que impida de esta forma, ser mejorada y concretada en cada ámbito como resultado de procesos de negociación colectiva<sup>69</sup>.

66 Comité Económico y Social Europeo: Dictamen sobre propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadoras en materia de IA y se modifican determinados actos legislativos de la Unión. Diario Oficial de la Unión Europea 22 de diciembre de 2021. C517/61.

67 Álvarez Cuesta, H., "Propuesta de regulación europea de los algoritmos y contrapropuesta de Directiva laboral" en *Digitalización, recuperación y reformas laborales*, Comunicaciones al XXXII Congreso Nacional Asociación Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social op. cit. págs. 1217-1231.

68 Está previsto que se presenten sus resultados en forma de buenas prácticas y guías de implementación, coincidiendo con la presidencia española del Consejo de la Unión Europea, que se desarrolla en el segundo semestre de 2023 Fuente: Portal de Administración Electrónica, Gobierno de España [https://administracionelectronica.gob.es/pae\\_Home/pae\\_Actualidad/pae\\_Noticias/Anio2022/Junio/Noticia-2022-06-28-Presentado-primer-marco-normativo-Inteligencia-Artificial-.html](https://administracionelectronica.gob.es/pae_Home/pae_Actualidad/pae_Noticias/Anio2022/Junio/Noticia-2022-06-28-Presentado-primer-marco-normativo-Inteligencia-Artificial-.html)

69 De Stefano, V. y Taes, S., "Algorithmic management and collective bargaining" *Foresight brief, ETUI*, núm. 10, 2021, págs. 10-11. Disponible en <https://www.etui.org/sites/default/files/2021-05/Algorithmic%20management%20and%20collective%20bargaining-web-2021.pdf>

Esta propuesta de Reglamento ha recibido más de 3000 enmiendas que están siendo estudiadas en la actualidad en el seno tanto del Consejo de la Unión Europea como del Parlamento, y se espera que a lo largo de este año 2023 pueda ser una realidad. Y en este sentido, durante su tramitación ambos órganos colegiados han mostrado sus divergencias con algunos puntos de la regulación que se propone.

El posicionamiento del Consejo de la Unión Europea quedó definido el 6 de diciembre de 2022<sup>70</sup> y afecta, en determinados aspectos, a la protección de los derechos fundamentales de la ciudadanía europea. En concreto, propone extender la prohibición del uso de IA con fines de perfilado personal a los sujetos privados. Igualmente, propone prohibir el uso de la IA para explorar vulnerabilidades de sujetos, que puedan tener su origen en condiciones económicas o sociales. En cuanto a la clasificación de sistemas de alto riesgo, como son los incluidos en el ámbito de la gestión de las relaciones laborales, el Consejo propone incluir una serie de requisitos adicionales, con el fin de excluir de esta clasificación aquellos que no supongan "grave riesgo de violación de los derechos fundamentales". En este sentido, el posicionamiento del Consejo de la Unión Europea se orienta a hacer más viable y flexible, desde el punto de vista técnico, el recurso a estos sistemas de IA considerados de alto riesgo por parte de las empresas, para lo que considera conveniente aliviar la carga que conlleva su implementación, en concreto, por lo que respecta a las exigencias de calidad de los datos y a la documentación técnica que deberán aportar las Pymes para demostrar que la implementación de estos sistemas de alto riesgo en su organización, cumplen los requisitos establecidos en la futura norma europea.

Por tanto, esta propuesta transaccional del Consejo de la Unión Europea no viene a corregir los déficits que la propuesta de Reglamento emanada de la Comisión plantea, en cuanto a su aplicación en el ámbito laboral y en concreto, en el respeto a los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, sino que supone incluso ir más allá en el objetivo de facilitar a las Pymes el recurso a la implantación de estos sistemas de IA de alto riesgo. Por tanto, el necesario juego de equilibrios concurrentes en este ámbito entre la protección de los derechos fundamentales y los intereses empresariales, parece inclinarse, una vez más, hacia la satisfacción de estos últimos.

Son tales las deficiencias y la falta de adaptación que esta propuesta de regulación europea plantea en el ámbito laboral, que no han faltado voces autorizadas que defienden la necesidad de dotarnos de una Directiva específica que regule el uso de la IA en el ámbito del empleo, que venga a colmar todas las lagunas en que incurre esta propuesta de Reglamento y en la que entre otras materias, quede suficientemente garantizado el respeto a los derechos a la intimidad y a la protección de datos de las personas trabajadoras frente a los riesgos que se hacen derivar de la implantación de estos sistemas de IA en los entornos laborales<sup>71</sup>, contribuyendo a crear un mundo más humano y sostenible<sup>72</sup>.

<sup>70</sup> Disponible en <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14954-2022-INIT/es/pdf>

<sup>71</sup> Para un análisis en profundidad de estas propuestas de lege ferenda, Vid. Álvarez Cuesta, H., "Propuesta de regulación europea de los algoritmos y contra-propuesta de Directiva laboral", en AA.VV., *Digitalización, recuperación y reformas laborales, Comunicaciones al XXXII Congreso Nacional Asociación Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* op. cit. págs. 1230-1231.

<sup>72</sup> Monereo Pérez, J.L., *La organización jurídico-económica del capitalismo: El Derecho de la Economía*, Estudio preliminar a RIPERT, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, trad. José Quero Morales, revisión, edición y estudio preliminar, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2001, págs. XIII-CL.

## 6. A MODO DE CONCLUSIONES

En este terreno repleto de incertidumbres e inseguridades jurídicas con el que en nuestros días tratamos afrontar la implantación de sistemas de IA y BD en el ámbito de las relaciones laborales, resulta necesario insistir en la idea de que deviene imprescindible orientar todas las intervenciones normativas y políticas que se realicen en este ámbito, hacia la centralidad de las personas en general y de las personas trabajadoras en particular.

Debemos orientar la implantación de estos sistemas únicamente a aquellos que resulten compatibles con el respeto a los derechos fundamentales adaptados a la era digital. El problema, como siempre, reside en determinar cuáles serán los límites que, desde los derechos fundamentales pueden ser expuestos frente al legítimo derecho del titular de la empresa a desarrollar una gestión eficaz.

En este sentido, del mismo modo que la producción de automóviles dotados de airbag, encarece el producto final y retrasa su producción y sin embargo, se trata de un mínimo de seguridad que hemos llegado a considerar socialmente irrenunciable, sin perjuicio de que en el futuro puedan ser sustituidos por otros sistemas que aporten mayor seguridad a los pasajeros, el respecto a los derechos fundamentales debe representar unos niveles de seguridad infranqueables para los avances tecnológicos, debiendo quedar reforzados y adaptados a los retos específicos que de estos avances se hacen derivar.

De lo contrario ¿Qué utilidad podría tener una tecnología sino nos permite alcanzar mayores cuotas de bienestar social? ¿Qué interés podríamos tener como sociedad en apostar por una tecnología que supone renunciar a los derechos más básicos de los que nos hemos dotados como seres humanos?

El reto consiste en humanizar la tecnología y no automatizar a las personas.

Se trata, en definitiva, de repensar otras posibles estrategias que permitan la articulación de alternativas frente a las opciones política y económicas neoliberales basadas en la mercantilización de la persona y de los atributos y datos que la identifican. Y es que el Derecho tiene el reto de crear nuevas formas de control social adaptadas al momento histórico actual, comprometidas con los postulados de la sociedad democrática, contribuyendo a crear un mundo más humano y sostenible.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

Adams-Prassl, J., "When your boss comes home", *C4E The future of work in the age of automation and IA*, 2020.

Agencia Española de Protección de Datos, Informe *La protección de datos en las relaciones laborales*, 2021 <https://www.aepd.es/es/prensa-y-comunicacion/notas-de-prensa/aepd-publica-guia-pd-y-relaciones-laborales>.

- Agencia Española de Protección De Datos, *Recomendaciones para proteger los datos personales en situaciones de movilidad y teletrabajo*. Disponible en <https://www.aepd.es/es/documento/nota-tecnica-protoger-datos-teletrabajo.pdf>.
- Altés Tárrega, J.A., "La videovigilancia encubierta en la nueva regulación sobre derechos laborales digitales y la incidencia de la STEDH López Ribalda II", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2020, núm. 55.
- Álvarez Cuesta, H., *El impacto de la inteligencia artificial en el trabajo: desafíos y propuestas*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2020.
- Álvarez Cuesta, H., "Propuesta de regulación europea de los algoritmos y contrapropuesta de Directiva laboral", en AA.VV., *Digitalización, recuperación y reformas laborales, Comunicaciones al XXXII Congreso Nacional Asociación Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2022.
- Baz Rodríguez, J., "Los derechos digitales de la ciudadanía laboral en la era postpandémica. Coordinadas institucionales y perspectivas de futuro (¿inmediato?)", en AA.VV. (Baz Rodríguez, J., Dir.), *Los nuevos derechos digitales laborales de las personas trabajadoras en España. Vigilancia tecnificada, Teletrabajo, inteligencia artificial, big data*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021.
- Baz Rodríguez, J., *Privacidad y protección de los trabajadores en el entorno digital*. Bosch- Wolters Kluwer, Madrid, 2019.
- Baz Tejedor, J.A., "Inteligencia artificial y privacidad del trabajador predecible" en AA.VV. (Baz Tejedor, J.A., Dir.), *Los nuevos derechos digitales laborales de las personas trabajadoras en España. Vigilancia tecnificada, teletrabajo, inteligencia artificial, big data*, Wolters Kluwer, 2021.
- Bini, E., *La dimensión colectiva de la digitalización del trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2021.
- Casas Baamonde, M.E., "Los derechos fundamentales a la intimidad y a la protección de datos personales en la economía digital. Geolocalización de trabajadores a través del GPS de vehículo de empresa. Despido procedente", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 9, 2020.
- Comisión Europea, *Configurar el futuro digital de Europa*, Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, COM (2020) 67 final, 19 de febrero 2020, 2.
- Comisión Europea, *Configurar el futuro digital de Europa*, Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, COM (2020) 67 final, 19 de febrero 2020, 2.
- Comisión Europea, *Generar confianza en la Inteligencia artificial centrada en el ser humano*, Comunicación Comisión Europea COM (2019) 168 final.
- Comisión Europea, *Libro Blanco sobre la Inteligencia Artificial: un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza*, COM (2020), 66 final.
- Comité Económico y Social Europeo, Dictamen sobre propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadoras en materia de IA y se modifican determinados actos legislativos de la Unión. Diario Oficial de la Unión Europea 22 de diciembre de 2021. C517/61.
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, *Una estrategia europea para los datos*, COM (2020), 65 final.

- Consejo de Europa, Recomendación CM/Rec (2015)5, de 1 de abril, sobre *Tratamiento de datos personales en el contexto del empleo*.
- Consejo Económico y Social, Dictamen sobre "*Trabajo digno en todo el mundo*". COM (2022) 66 final).
- Cruz Villalón, J., "Facultades de control del empleador ante los cambios organizativos y tecnológicos", *Temas Laborales*, núm. 150, 2019.
- Cruz Villalón, J. "La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia laboral", *Revista Temas Laborales*, núm. 145, 2018.
- De Stefano, V. y Taes, S., "Algorithmic management and collective bargaining" *Foresight brief, ETUI*, núm. 10, 2021. Disponible en <https://www.etui.org/sites/default/files/2021-05/Algorithmic%20management%20and%20collective%20bargaining-web-2021.pdf>.
- Del Jesus Díaz, M.J., *Inteligencia artificial y datos para la sociedad. Lección Inaugural pronunciada con ocasión de la solemne apertura del Curso Académico 2021-2022*, Servicio de Publicaciones Universidad de Jaén, Jaén, 2021.
- Del Val Tena, A.L., "Categorías especiales de datos personales en el ámbito de la relación de trabajo", *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 148, 2021.
- Eubanks, V., *La automatización de la desigualdad*, Capitán Swing S.L, 2021.
- European Union Agency for Fundamental Rights, *Getting the future right. Artificial intelligence and fundamental rights*, Luxembourg, Publication Office of the European Union, 2020.
- Fernández Ramírez, M., *El derecho del trabajador a la autodeterminación informativa en el marco de la actual empresa "neopanóptica"*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021.
- García Murcia, J. y Rodríguez Cardo, I.A., "La protección de los datos personales en el ámbito del trabajo: una aproximación desde el nuevo marco normativo", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 216, 2019.
- García Quiñones, J.C., "Reflexiones sobre la necesidad de una regulación legal transversal para la utilización de los algoritmos en el ámbito de las relaciones laborales", en AA.VV., *Digitalización, recuperación y reformas laborales, Comunicaciones al XXXII Congreso Nacional Asociación Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2022.
- Gines I Fabrellas, A., "Gestión algorítmica del trabajo: nuevos retos jurídicos, tecnológicos y éticos" en *Digitalización, recuperación y reformas laborales, XXXII Congreso Nacional Asociación Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2022.
- Gómez Salado, M.A., *La cuarta revolución industrial y su impacto sobre la productividad, el empleo y las relaciones jurídico-laborales: Desafíos tecnológicos del siglo XXI*, Aranzadi, Navarra, 2021.
- González Díaz, F.A., "Intimidad y protección de datos como derechos vertebradores en el uso de dispositivos de videovigilancia en el lugar de trabajo", *Revista Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 451, 2020.
- Goñi Sein, J.L., "Uso de los dispositivos digitales en el ámbito laboral", en AA.VV., *Los nuevos derechos digitales laborales de las personas trabajadoras en España, Vigilancia tecnologizada, Teletrabajo, inteligencia artificial, Big Data*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021.
- Goñi Sein, J.L., "Vigilancia empresarial y protección de datos: doctrina jurisprudencial", *Revista de Ministerio de Trabajo, migraciones y seguridad social. Derecho del Trabajo*, núm. 143, 2019.

Grupo de Trabajo 29, Dictamen 4/2004, de 11 de febrero, sobre *Tratamiento de datos mediante vigilancia por videocámaras*.

López Balaguer, M. y Ramos González, F., "Control empresarial del uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral desde la perspectiva del derecho a la protección de datos y a la intimidad", *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, vol. 10, núm. 2, 2020.

Mercader Uguina J.R., *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Mercader Uguina, J.R., *Protección de datos y garantía de los derechos digitales en las relaciones laborales*, Ed. Francis Lefebvre. Claves Prácticas, Madrid, 2019.

Molina Navarrete, C., *Datos y derechos digitales de las personas trabajadoras en tiempos de (pos)covid19: entre eficiencia de la gestión y garantías*, Bomarzo, Albacete, 2021.

Molina Navarrete, C., "Duelo al sol (digital): ¿Un algoritmo controla mi trabajo? Sí; a tu empresa también." *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 457, 2021.

Molina Navarrete, C. "Economía de datos, mercados digitales de empleo y gestión analítica de personas: retos para la transición a una sociedad del e-trabajo decente", *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, núm. 459, 2021.

Molina Navarrete, C., "El derecho a la vida privada del trabajador en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ¿diálogo o conflicto con la jurisprudencia nacional", *Revista Temas Laborales*, núm. 145, 2018.

Molina Navarrete, C., "El "trabajador transparente" entre metáfora y realidad y el efecto útil de los derechos de la personalidad en la empresa del Siglo XXI", *Revista de Trabajo y Seguridad, CEF*, núm. 419, 2018.

Molina Navarrete, C., "Poder de geolocalización, intimidad y autodeterminación digital en las relaciones de trabajo ¿un nuevo orden eficaz de garantías y límites", *La Ley Digital*, núm. 14922, 2018.

Monereo Atienza, C., Monereo Pérez J.L y Aguilar Calahorro, A. (Coords.), *El sistema universal de los derechos humanos*, Comares, Granada, 2014.

Monereo Pérez, J.L., "Ciudadanía, empresa y Constitución Social del Trabajo. por un constitucionalismo de Derecho Social", *Rivista di studi e documentazione su ll integrazione europea I ceonline*, 1/2022.

Monereo Pérez, J.L., "Derecho al trabajo y derechos profesionales ante la innovación tecnológica y las nuevas formas de empleo" en AA.VV. (Monereo Pérez, J.L., Vila Tierno, F., Esposito, M. y Perán Quesada, S., Dirs.), *Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales. Nuevos paradigmas para comprender el Derecho del Trabajo del siglo XXI*, Comares, Granada, 2021.

Monereo Pérez, J.L., "La dignidad de los trabajadores: la dignidad como principio fundante y como derecho fundamental", *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 239, 2021.

Monereo Pérez, J.L., *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2017.

Monereo Pérez, J.L., *La organización jurídico-económica del capitalismo: El Derecho de la Economía*, Estudio preliminar a RIPERT, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, trad. José Quero Morales, revisión, edición y estudio preliminar, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2001.

Parlamento Europeo, Consejo, Comisión Europea: *Configurar el futuro digital de Europa, Declaración Europea sobre los Principios y Derechos Digitales para la Década Digital* (2023, C23/01). <https://ec.europa.es>.

- Parlamento Europeo: *Protección de datos personales*. Disponible en <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/157/la-proteccion-de-los-datos-personales>.
- Parlamento Europeo: Resolución destinada a la Comisión sobre un marco de los aspectos éticos de la IA, la robótica y las tecnologías conexas. *Una inteligencia artificial centrada en el ser humano ética y confiable*, de 20 de octubre de 2020 (2021/C 404/04).
- Peirano, M., *El enemigo conoce el sistema. Manipulación de ideas, personas e influencias después de la Economía de la Atención*, Debate, Madrid, 2019.
- Pérez Luño, A.E., "Los derechos humanos en la sociedad tecnológica", en AA.VV. (Losado, M.G., Pérez Luño, A.E. y Guerrero Mateus, M.F., Dirs.), *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- Preciado Domenech, C.H., *Los derechos digitales de las personas trabajadoras*, Aranzadi, Pamplona, 2019.
- Rodríguez Escanciano, S., *Derechos laborales digitales: garantías e interrogantes*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019.
- Rojo Torrecilla, E. "Declaración Europea sobre los Principios y Derechos Digitales para la Década Digital. Una nota sobre su contenido laboral". <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2023/01/declaracion-europea-sobre-los-derechos.html> entrada de 24 de enero 2023.
- Rojo Torrecilla, E., "La importancia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ámbito laboral y de protección social (III). Art. 8 y 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. ¿Cuáles son los límites del control por geolocalización del vehículo de trabajo? Notas a las Sentencia de 13 de diciembre de 2022, Caso Alfonso Florindo de Almeida Vasconcelos Gramaxo contra Portugal (con tres votos radicalmente discrepantes)" [http://www.eduardorojotorrecilla.es/2023/01/la-importancia-de-la-jurisprudencia-del\\_5.html](http://www.eduardorojotorrecilla.es/2023/01/la-importancia-de-la-jurisprudencia-del_5.html) entrada de 5 de enero.
- Valdeolivas García, Y., "Derechos de información, transparencia y digitalización" en AA.VV., *Digitalización, recuperación y reformas laborales XXXII Congreso Nacional Asociación Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Alicante, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2022.
- Valls Prieto, J., *Inteligencia artificial, Derechos Humanos y bienes jurídicos*, Thomson Reuters, Navarra, 2021.
- Zuboff, S., *La era del capitalismo de la vigilancia. La lucha por un futuro humano frente a las nuevas fronteras de poder*, Paidós, Madrid, 2020.

## LAS REDES SOCIALES COMO MEDIO DE PRUEBA EN EL PROCESO LABORAL

### THE SOCIAL NETWORKS AS A MEAN OF EVIDENCE IN THE LABOUR PROCESS

**Francisco Andrés Valle Muñoz**

Profesor Titular (acreditado como Catedrático) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Pompeu Fabra, Barcelona

[francisco.valle@upf.edu](mailto:francisco.valle@upf.edu) ORCID [0000-0002-7468-0796](https://orcid.org/0000-0002-7468-0796)

Recepción de trabajo: 16-02-2023 - Aceptación: 04-03-2023 - Publicado: 22-03-2023

Páginas: 118-143

- 1. INTRODUCCIÓN. ■ 2. LA OBTENCIÓN DE LA INFORMACIÓN CONTENIDA EN LAS REDES SOCIALES: LA LICITUD DE LA PRUEBA. 2.1. La licitud de la prueba y su tratamiento jurídico procesal. 2.2. Los derechos fundamentales afectados. 2.3. El tratamiento normativo y judicial.
- 3. LA APORTACIÓN AL PROCESO DE LA INFORMACIÓN CONTENIDA EN LAS REDES SOCIALES: LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRUEBA. 3.1. La naturaleza jurídico probatoria de la información contenida en las redes sociales. 3.2. La información contenida en las redes sociales como prueba documental. 3.3. La información contenida en las redes sociales como prueba electrónica o digital.
- 4. LA EFICACIA PROBATORIA DE LA INFORMACIÓN CONTENIDA EN LAS REDES SOCIALES. 4.1. La autenticidad e integridad de la información contenida en las redes sociales y su acreditación mediante medios de prueba alternativos. 4.2. El interrogatorio de las partes: la impugnación de la prueba por la parte a quien perjudica. 4.3. El interrogatorio de testigos. 4.4. El reconocimiento judicial y la intervención del letrado de la Administración de Justicia. 4.5. El levantamiento de acta notarial. 4.6. La prueba pericial informática. 4.7. Eficacia probatoria y valoración judicial de la información contenida en las redes sociales.
- 5. CONCLUSIONES. ■ 6. BIBLIOGRAFÍA.

\* El presente estudio ha sido desarrollado en el marco del proyecto de investigación titulado: "Nuevos retos tecnológicos del derecho probatorio" (2021-2025) a cargo del Ministerio de Ciencia e Innovación y con número de referencia: PID 2020-115304GB-C21.

## RESUMEN

En el presente estudio se aborda el valor probatorio de las redes sociales en el proceso laboral sobre la base de analizar tres grandes temas: el primero de ellos es la licitud de este medio de prueba, cuando la información contenida en las redes sociales se obtiene por el empresario con vulneración de derechos fundamentales del trabajador como son el derecho a la intimidad, el derecho a la protección de datos de carácter personal, o el derecho al secreto de las comunicaciones; el segundo tema está relacionado con la naturaleza jurídica autónoma o no de este medio de prueba y su calificación como prueba documental o como prueba electrónica; y el tercero de ellos está relacionado con la eficacia probatoria de este medio de prueba y concretamente con el recurso a otros medios alternativos para constatar la autenticidad e integridad de la información cuando es impugnada en el acto de juicio por la parte a quien perjudica.

**PALABRAS CLAVE:** redes sociales, medio de prueba, proceso laboral.

## ABSTRACT

In this study, we analyse the value of social networks as a means of proof in the labour process. For this, we study three main issues: the first one is the legality of this proof, when the information contained in them violates fundamental rights of the worker such as the right to privacy, the right to protection of personal data, or the right to secrecy of communications. The second issue is the autonomous legal nature or not of this means of proof and its qualification as a documentary or electronic evidence. The third issue is the effectiveness of instant messaging and the use of other alternative means of proof to verify its authenticity and integrity when the person who harms it challenges this proof in the act of trial.

**KEYWORDS:** social network, mean of evidence, labour process.

## 1. INTRODUCCIÓN

La evolución de Internet ha propiciado el nacimiento de las redes sociales entendidas como plataformas de comunicación en las que interactúan gran número de usuarios, a quienes se les ofrece una libre suscripción por la que pueden crear su propio perfil donde publicar contenidos de todo tipo, tanto personales como profesionales, e interactuar con otros usuarios<sup>1</sup>. Es el caso de “YouTube”, “Twitter”, “Tuenti”, “Facebook”, “Instagram”, “LinkedIn”, etc.

Estamos en presencia de formas de comunicación dirigidas a un amplio grupo de destinatarios mediante las cuales los usuarios pueden compartir información en múltiples formatos (texto, imagen, audio o vídeo). Desde esta perspectiva, la publicación de comentarios, opiniones, fotografías audios o vídeos, por parte del trabajador en redes sociales, ha tenido una repercusión inmediata en el ámbito de las relaciones de trabajo, habida cuenta que en algunas ocasiones han constituido incumplimientos contractuales sancionables por el empresario<sup>2</sup>.

Por ello las redes sociales también se han convertido en un medio de prueba utilizado por la empresa para demostrar judicialmente el incumplimiento contractual del trabajador que legitimará a su vez el ejercicio del poder disciplinario<sup>3</sup>. De este modo, la información contenida en las redes sociales han servido para probar: la existencia de una relación laboral<sup>4</sup>; la realización de actividades que constituyen competencia desleal con la empresa<sup>5</sup>; la realización de actividades incompatibles con

1 Lacalle Muls, A., “El impacto de las redes sociales y de la mensajería instantánea en la fase probatoria laboral”, *Iuslabor*, núm. 1, 2018, pág. 233 y ss.

2 Villalba Sánchez, A., “El despido del trabajador derivado del uso de las redes sociales”, *Iuslabor*, núm. 3, 2022, pág. 30 y ss.

3 Munín Sánchez, L.M., “Las nuevas maneras de trabajar y los nuevos medios de prueba”, en AA.VV. *Nuevas tecnologías y nuevas maneras de trabajar: Estudios desde el Derecho español y comparado*, ed. Dykinson, Madrid, 2017, pág. 335 y ss.; Nores Torres, L.E., “Algunas cuestiones sobre la utilización de las redes sociales como medio de prueba en el proceso laboral”, *Actualidad Laboral*, núm. 3, 2014, pág. 317 y ss.; Selma Penalva, A., “La información reflejada en las redes sociales y su valor como prueba en el proceso laboral. Análisis de los últimos criterios jurisprudenciales”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 39, 2014, pág. 356 y ss.; Molina Navarrete, C., “Control tecnológico del empleador y derecho probatorio: Efectos de la prueba digital lesiva de derechos fundamentales”, *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 150, 2019, pág. 331 y ss.

4 STSJ de Galicia de 12 de noviembre de 2012 (Rec. núm. 3743/2012).

5 STSJ de Madrid de 25 de noviembre de 2010 (Rec. núm. 2865/2010); STSJ de Cataluña de 30 de mayo de 2011 (Rec. núm. 1170/2011); STSJ de Madrid de 25 de junio de 2012 (Rec. núm. 1500/2012); STSJ de Aragón de 14 de mayo de 2012 (Rec. núm. 219/2012); STSJ de la Comunidad Valenciana de 12 de febrero de 2013 (Rec. núm. 3182/2012).

## LAS REDES SOCIALES COMO MEDIO DE PRUEBA EN EL PROCESO LABORAL

la incapacidad temporal<sup>6</sup>; comentarios y opiniones desconsiderados hacia la empresa<sup>7</sup>, compañeros de trabajo<sup>8</sup> o clientes<sup>9</sup>; la existencia de fotos que comprometen la seguridad de la empresa<sup>10</sup> o su buena imagen<sup>11</sup>; o simplemente el abandono del puesto de trabajo y la falta de rendimiento debido ante la utilización de las redes sociales durante la jornada de trabajo<sup>12</sup>.

Las redes sociales permiten dejar constancia de conductas irregulares de los trabajadores que quedan debidamente registradas y que es posible utilizar en el acto de juicio como medio de prueba, en lo que se ha conocido como prueba electrónica o digital, entendida como aquella información contenida en un dispositivo electrónico a través del cual se adquiere el conocimiento de un hecho controvertido mediante el convencimiento psicológico, o bien como consecuencia de fijar una norma legal este hecho como cierto<sup>13</sup>.

En esta materia, tres han sido los temas que merecen especial atención desde un punto de vista jurídico procesal: el primero de ellos es el relativo a la obtención de la prueba y concretamente a la licitud de la misma cuando la información contenida en las redes sociales se ha obtenido con vulneración de derechos fundamentales del trabajador como son el derecho a la intimidad, el derecho a la protección de datos de carácter personal, y especialmente el derecho al secreto de las comunicaciones, así como los efectos que ello comporta a nivel procesal.

El segundo tema está relacionado con la aportación de esta prueba al proceso, lo que nos lleva a abordar la naturaleza jurídico probatoria de la información contenida en las redes sociales y concretamente su calificación como prueba electrónica o como prueba documental, cuestión trascendental

---

6 STSJ del País Vasco de 26 de octubre de 2010 (Rec. núm. 2096/2010); STSJ de Madrid de 23 de enero de 2012 (Rec. núm. 3803/2011); STSJ de Madrid de 28 de mayo de 2012 (Rec. núm. 966/2012); STSJ de Murcia de 16 de julio de 2012 (Rec. núm. 481/2012); STSJ Galicia de 16 de noviembre de 2012 (Rec. núm. 4213/2012); STSJ de Asturias de 19 de abril de 2013 (Rec. núm. 528/2013); STSJ de Asturias de 14 de junio de 2013 (Rec. núm. 241/2013); STSJ Andalucía de 19 de septiembre de 2013 (Rec. núm. 2586/2012); STSJ de Andalucía de 29 de octubre de 2015 (Rec. núm. 2723/2014); STSJ de Galicia de 21 de noviembre de 2016 (Rec. núm. 2533/2016); STSJ de Madrid de 28 de junio de 2021 (Rec. núm. 355/2021).

7 STSJ de Madrid de 25 de mayo de 2011 (Rec. núm. 5016/2010); STSJ de Murcia de 14 de mayo de 2012 (Rec. núm. 99/2012); STSJ de Aragón de 9 de mayo de 2012 (Rec. núm. 162/2012); STSJ de Galicia de 23 de febrero de 2012 (Rec. núm. 4927/2011); STSJ de Galicia de 8 de octubre de 2014 (Rec. núm. 2941/2014); STSJ de Cataluña de 30 de enero de 2017 (Rec. núm. 6712/2016); STSJ de Murcia de 26 de abril de 2017 (Rec. núm. 1240/2016); STSJ de Cataluña de 6 de julio de 2017 (Rec. núm. 2871/2017); STSJ de Galicia de 29 de mayo de 2019 (Rec. núm. 682/2019); STSJ de Galicia de 19 de diciembre de 2019 (Rec. núm. 4183/2019).

8 STSJ de Cataluña de 10 de junio de 2011 (Rec. núm. 631/2011); STSJ de Andalucía de 15 de noviembre de 2012 (Rec. núm. 1331/2012); STSJ de Andalucía, 5 de julio de 2017 (Rec. núm. 845/2017).

9 STSJ de Madrid de 30 de marzo de 2012 (Rec. núm. 798/2012).

10 STSJ de Andalucía de 10 de noviembre de 2011 (Rec. núm. 2333/2011).

11 STSJ de Aragón de 26 de junio de 2018 (Rec. núm. 350/2018).

12 STSJ de Madrid de 12 de diciembre de 2011 (Rec. núm. 3505/2011); STSJ de Murcia de 14 de octubre de 2013 (Rec. núm. 655/2013).

13 Sanchis Crespo, C., "La prueba en soporte electrónico", en AA.VV. *Las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia: análisis sistemático de la Ley 18/2011, de 5 de julio*, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pág. 713 y ss.

pues según se califique como una u otra, cabrá amparar en ella la revisión de los hechos declarados probados en una sentencia a través de los recursos de casación ordinaria y de suplicación, que solo admiten la revisión fáctica de la sentencia a través de pruebas documentales pero no electrónicas.

Y el tercer tema está relacionado con la eficacia probatoria y la valoración judicial de la información contenida en las redes sociales, y más específicamente con los medios alternativos de prueba sobre su autenticidad e integridad cuando dicha información es impugnada en el seno del proceso laboral por la parte a quien perjudica. En este punto merece especial atención la prueba de interrogatorio de parte, la prueba de interrogatorio de testigos, la de reconocimiento judicial, y muy especialmente la prueba pericial informática.

## 2. LA OBTENCIÓN DE LA INFORMACIÓN CONTENIDA EN LAS REDES SOCIALES: LA LICITUD DE LA PRUEBA

### 2.1. La licitud de la prueba y su tratamiento jurídico procesal

El artículo 24.2 de la Constitución Española (CE) reconoce el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes en un proceso judicial para articular la defensa y formar la convicción del juzgador. Pero el ejercicio de ese derecho debe limitarse a la práctica de la prueba lícita, es decir, aquella que no se haya obtenido o se haya incorporado al proceso con vulneración de derechos fundamentales.

Por tal motivo el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) dispone que: *“No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”*. Y de manera paralela, el artículo 90.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) señala que: *“No se admitirán pruebas que tuvieran su origen o que se hubieran obtenido directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas”*.

Aunque el artículo 11.1 de la LOPJ alude a *“derechos o libertades fundamentales”*, se impone una interpretación estricta de lo que el legislador entiende por *“derechos fundamentales”* cuya violación genera la ilicitud de la prueba y serían concretamente los contenidos en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la CE. Se trata por tanto de los *“derechos fundamentales y libertades públicas”*, con exclusión de los derechos contenidos en la Sección 2ª, cuya rúbrica es la de: *“derechos y deberes de los ciudadanos”*, ya que, de no ser así, sería difícil justificar la limitación del derecho a la prueba (que también es un derecho fundamental), por otro derecho de un rango constitucional inferior. Quedan por tanto excluidos los derechos constitucionales que no sean derechos fundamentales<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> Lousada Arochena, J.F., “La prueba ilícita en el proceso laboral”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 11, 2006, pág. 1 y ss.; Gil Plana, J., *La prueba en el proceso laboral*, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pág. 202 y ss.

El artículo 90.2 de la LRJS recuerda que la ilicitud de una prueba *“podrá ser suscitada por cualquiera de las partes o de oficio por el tribunal en el momento de la proposición de la prueba, salvo que se pusiese de manifiesto durante la práctica de la prueba una vez admitida. A tal efecto, se oirá a las partes y, en su caso, se practicarán las diligencias que se puedan llevar a cabo en el acto del juicio sobre este concreto extremo, recurriendo a diligencias finales solamente cuando sea estrictamente imprescindible y la cuestión aparezca suficientemente fundada. Contra la resolución que se dicte sobre la pertinencia de la práctica de la prueba y en su caso de la unión a los autos de su resultado o del elemento material que incorpore la misma, sólo cabrá recurso de reposición, que se interpondrá, se dará traslado a las demás partes y se resolverá oralmente en el mismo acto del juicio o comparecencia, quedando a salvo el derecho de las partes a reproducir la impugnación de la prueba ilícita en el recurso que, en su caso, procediera contra la sentencia”*<sup>15</sup>.

Y la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), que es de aplicación supletoria en virtud de lo dispuesto en la Disposición Final Cuarta de la LRJS, prevé de manera similar en su artículo 287, el incidente que ha de seguirse en el proceso civil cuando en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales.

De ambos preceptos se desprende que, si la ilicitud resulta clara, el juzgador debe inadmitir la prueba, sin perjuicio del oportuno recurso de reposición contra la resolución de inadmisión por la parte perjudicada. Pero también es cierto que, si le ofrece dudas, no admitirla podría vulnerar el derecho a la prueba, de ahí la conveniencia de su admisión, sin perjuicio de que la parte perjudicada pueda efectuar la oportuna protesta en el acto de juicio a los efectos del posterior recurso contra la sentencia, una vez ésta hubiera sido dictada<sup>16</sup>.

Esta prohibición de admitir en el seno del proceso pruebas que hayan vulnerado derechos fundamentales se fundamenta en la posición preferente de éstos en el ordenamiento jurídico en su condición de derechos inviolables, de modo que, admitida la ilicitud de una prueba, la consecuencia será la eliminación de la misma del proceso, no debiendo tenerla en consideración el juez a ningún efecto.

En cualquier caso, para que una prueba sea calificada de ilícita, será necesaria la concurrencia de dos requisitos: en primer lugar, que se haya vulnerado algún derecho fundamental sin que sea suficiente que en el control empresarial que está en el origen se pueda haber cometido alguna irregularidad; y en segundo lugar que exista una conexión funcional entre la vulneración del derecho fundamental y el resultado probatorio<sup>17</sup>.

Por otra parte, un análisis de los supuestos de licitud probatoria en el proceso laboral pone de manifiesto dos datos: el primero de ellos es que la prueba ilícita se obtiene en un momento previo al proceso, y como consecuencia del ejercicio del poder empresarial de control de la relación laboral.

<sup>15</sup> Véase: Aramendi Sánchez, J.P., “Comentarios al artículo 90 de la LRJS”, en AA.VV. *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social comentada y con jurisprudencia*, ed. La Ley, Madrid, 2015, pág. 648 y ss.

<sup>16</sup> Lousada Arochena, J.F., “La prueba ilícita en el proceso laboral”, ob. cit. pág. 5 y ss.

<sup>17</sup> Munín Sánchez, L.M., “Las nuevas maneras de trabajar y los nuevos medios de prueba”, ob. cit. pág. 341 y ss.

Y el segundo dato es la desigualdad real existente entre las partes contractuales, circunstancia ésta que hace que los poderes empresariales de control facilitados por las nuevas tecnologías, puedan fomentar situaciones de abuso.

Desde esta perspectiva se ha afirmado que, aunque la prohibición de la prueba ilícita en el proceso laboral se proponga como una regla de alcance procesal, en realidad se trata de una aplicación más de la vigencia de los derechos fundamentales del trabajador en el seno de la relación de trabajo que impone tener en cuenta la desigualdad de origen existente entre empresario y el trabajador, desigualdad que ha de reequilibrarse de forma patente en el proceso de trabajo<sup>18</sup>.

De hecho, cuando sea necesario a los fines del proceso el acceso a documentos o archivos, en cualquier tipo de soporte, que pueda afectar a la intimidad personal u otro derecho fundamental: *“el juez o tribunal, siempre que no existan medios de prueba alternativos, podrá autorizar dicha actuación mediante auto previa ponderación de los intereses afectados, a través del juicio de proporcionalidad y con el mínimo sacrificio, determinando las condiciones de acceso, garantías de conservación, aportación al proceso, obtención y entrega de copias e intervención de las partes o de sus representantes y expertos en su caso”* (artículo 90.4 de la LRJS).

Y si *“como resultado de las medidas anteriores se obtuvieran datos innecesarios, ajenos a los fines del proceso o que pudieran afectar de manera injustificada o desproporcionada a derechos fundamentales o a libertades públicas, se resolverá lo necesario para preservar y garantizar adecuada y suficientemente los intereses y derechos que pudieran resultar afectados”* (artículo 90.6 de la LRJS).

## 2.2. Los derechos fundamentales afectados

Los principales derechos fundamentales del trabajador que pueden verse afectados por el control empresarial del uso de las redes sociales son: el derecho a la intimidad (art. 18.1 de la CE), el derecho a la protección de datos de carácter personal (art. 18.4 de la CE) y el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 de la CE). Pero también puede afectar al derecho fundamental a la libertad de expresión que tiene el trabajador, contemplado en el artículo 20.1.a) de la CE.

El derecho fundamental a la intimidad, previsto en el artículo 18.1 de la CE, es aquél que protege la dimensión íntima de las personas. Al respecto, la doctrina constitucional<sup>19</sup> ha afirmado que: *“la función del derecho fundamental a la intimidad es la de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad”*. Se trata de un dere-

<sup>18</sup> Baylos Grau, A., "Medios de prueba y derechos fundamentales. Especial referencia a la tutela de estos derechos", en AA.VV. *La prueba en el proceso laboral*, ed. CGPJ, Madrid, 1998, pág. 245; Del Rey Guanter, S., "Nuevas técnicas probatorias, obtención ilícita de la prueba y derechos fundamentales en el proceso laboral", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 37, 1989, pág. 65 y ss.; García-Perrote Escartín, I., *La prueba en el proceso laboral*, ed. Civitas, Madrid, 1994, pág. 139 y ss.

<sup>19</sup> STC núm. 292/2000, de 30 de noviembre.

cho que confiere el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera de la persona y la prohibición de hacer uso de lo así conocido.

El derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, pese a su estrecha vinculación con el derecho a la intimidad, es sin embargo un derecho autónomo, con una regulación propia en el artículo 18.4 de la CE. En este punto, la doctrina constitucional<sup>20</sup> ha insistido en que es un derecho que: “persigue garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y su destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y el derecho del afectado”. Se trata de un derecho que confiere un poder de disposición sobre los datos personales y que permite también al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso.

Y el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, previsto en el artículo 18.3 de la CE, es un derecho que, tal y como expresa la doctrina del Tribunal Constitucional<sup>21</sup>: “consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente y, de modo expreso, su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas”. Por tanto, el derecho al secreto de las comunicaciones tiene el objetivo de proteger las comunicaciones frente a cualquier interferencia o intromisión ilegítima por terceros ajenos a la comunicación, pero no impide que el destinatario pueda divulgar el contenido de la comunicación<sup>22</sup>.

Por lo que se refiere al derecho fundamental a la libertad de expresión reconocido en el artículo 20.1.a) de la CE, el Tribunal Constitucional<sup>23</sup> ha señalado que la libertad de expresión hace referencia a la libertad para comunicar pensamientos, ideas, y opiniones por cualquier medio de difusión, ya sea general o restringido. Al tratarse de la formulación de opiniones y creencias personales, sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos (como sucede con el derecho fundamental a la libertad de información), dispone de un campo de acción que viene delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas y que no contravengan otros valores constitucionales o derechos fundamentales, tales como la igualdad, dignidad o el derecho a la intimidad<sup>24</sup>.

Como puede comprobarse, se trata de una materia en la que entran en conflicto ciertos derechos fundamentales del trabajador frente al derecho constitucional a la libertad de empresa. Y a la hora

---

20 STC núm. 29/2013, de 11 de febrero.

21 STC núm. 123/2002, de 20 de mayo.

22 STC núm. 114/1984, de 29 de noviembre.

23 STC núm. 85/1992, de 8 de junio.

24 La doctrina judicial ha entendido que vulnera el derecho a la libertad de expresión, así como el derecho a la libertad sindical, los despidos de trabajadores que, en su condición de antiguos miembros del comité de empresa o como secretarios de la sección sindical, expresaron opiniones críticas hacia la empresa mediante las redes sociales. STSJ de Galicia de 19 de diciembre de 2019 (Rec. núm. 4183/2019) y STSJ de Galicia de Cantabria de 11 de febrero de 2020 (Rec. núm. 997/2019).

de proteger estos derechos fundamentales, los tribunales debieran hacerlos prevalecer frente a la potestad de control del empresario.

### 2.3. El tratamiento normativo y judicial

Actualmente, y desde un punto de vista estrictamente legal, el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores (ET), dispone que: *“El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad...”*. Y según el artículo 20.bis del ET: *“Los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador... en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”*.

Ello significa que cuando estos derechos fundamentales del trabajador están en juego, tanto la obtención como la aportación de las preceptivas pruebas por parte del empresario en el seno del proceso laboral deberá ser respetuosa con la normativa reguladora de los mismos y especialmente con la normativa reguladora de la protección de datos personales, contenida en el Reglamento 2016/679 de la Unión Europea, de 27 de abril, sobre protección de las personas físicas en el tratamiento de datos personales y la libre circulación de los mismos (RGPD), y en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPD)<sup>25</sup>, norma ésta última, que ha establecido una regulación específica en su artículo 87.

Este precepto, con el título: *“Derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral”*, señala expresamente que los trabajadores tendrán derecho a la protección de su intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empresario. Éste podrá acceder a los contenidos derivados del uso de medios digitales facilitados a los trabajadores a los solos efectos de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales y de garantizar la integridad de dichos dispositivos. Los empresarios también deberán establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales respetando en todo caso los estándares mínimos de protección de la intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente y en su elaboración deberán participar los representantes de los trabajadores. Además, el acceso por el empresario al contenido de dispositivos digitales respecto de los que haya admitido su uso con fines privados requerirá que se especifiquen de modo preciso los usos autorizados y se establezcan garantías para preservar la intimidad de los trabajadores, tales como, en su caso, la determinación de los períodos en que los dispositivos podrán utilizarse para fines privados. Y los trabajadores deberán ser informados de los criterios de utilización a los que se ha hecho referencia.

---

<sup>25</sup> Salas Velasco, A.C., “La utilización de las tecnologías de la comunicación e información (TIC) y sus efectos en la práctica de la prueba en el proceso”, en AA.VV. *Nuevas Tecnologías y Relaciones Laborales. XXIX Jornadas Catalanas de Derecho Social*, ed. CEJFE, Barcelona, 2019, pág. 223 y ss.; López Balaguer, M., Ramos Moragues, F., “Derecho a la intimidad y a la protección de datos y licitud de la prueba en el proceso laboral”, en AA.VV. *Derecho del Trabajo y nuevas tecnologías, estudios en homenaje al profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 387 y ss.

## LAS REDES SOCIALES COMO MEDIO DE PRUEBA EN EL PROCESO LABORAL

Respecto a la fiscalización empresarial del dispositivo digital desde el que se han utilizado las redes sociales por parte del trabajador, habrá que diferenciar según si éste es propiedad del empresario o propiedad del trabajador, y en el primero de los casos, según el uso que se le haya dado al mismo<sup>26</sup>.

Si el dispositivo digital es propiedad del empresario y éste ha prohibido al trabajador su uso para fines privados durante la jornada laboral (como sería el uso de las redes sociales), se considerará lícito el acceso al mismo para constatar tal circunstancia y no se vulneraría ningún derecho fundamental, al no existir ninguna expectativa de confidencialidad. Y si el empresario hubiese permitido el uso del dispositivo digital para fines profesionales, pero también personales, habrá que estar a los criterios de utilización y a los límites dispuestos en el artículo 87 de la LOPD para valorar si se ha vulnerado o no algún derecho fundamental del trabajador. En este punto es importante tener presente que cuando la prestación laboral consista o conlleve la inevitable utilización de las redes sociales, el empresario podrá determinar el uso que de ellas ha de hacerse, más aún si el empresario es el titular también del perfil de la red social<sup>27</sup>.

Si el dispositivo digital es propiedad del trabajador, su uso será estrictamente personal, y rigen plenamente los derechos fundamentales a los que hacíamos referencia: el derecho a la intimidad, a la protección de datos de carácter personal y al secreto de las comunicaciones, y cualquier vulneración de los mismos habrá que investigarla y probarla a través de otros medios y respetando siempre el principio de proporcionalidad.

Dicho esto, el usuario de una red social puede configurar su perfil en ella como “abierto” al público, permitiendo que cualquier usuario pueda verlo e interactuar con él; o de forma “cerrada” al público, de modo que el propio usuario selecciona aquellas personas que pueden ver su perfil. Siendo ello así, el control empresarial del uso de las redes sociales vulnerará o no el derecho fundamental a la intimidad o a la protección de datos de carácter personal del trabajador según si la red social es configurada por éste con un perfil abierto o público o por el contrario con un perfil cerrado o privado.

Si la red social es abierta al público, no entra en juego la protección del derecho a la intimidad del trabajador ya que el usuario no estaría reservando su esfera privada<sup>28</sup>. Así lo ha entendido la doctrina

26 Muñiz Ferrer, R., “Los nuevos medios de prueba en el procedimiento laboral: teléfonos móviles y Whatsapps”, *Trabajo y Derecho. Nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 30, 2017, pág. 7 y ss.

27 Villalba Sánchez, A., “El despido del trabajador derivado del uso de las redes sociales”, ob. cit. pág. 37 y ss.

28 Lacalle Muls, A., “El impacto de las redes sociales y de la mensajería instantánea en la fase probatoria laboral”, ob. cit. pág. 236 y ss.; Fons Carbonell, M.R., “Mensajería instantánea y redes sociales, la prueba en el proceso laboral”, en AA.VV. *Nuevas Tecnologías y Relaciones Laborales. XXIX Jornadas Catalanas de Derecho Social*, ed. CEJFE, Barcelona, 2019, pág.293 y ss.; Munín Sánchez, L.M., “Las nuevas maneras de trabajar y los nuevos medios de prueba”, ob. cit. pág. 335 y ss.; Nores Torres, L.E., “Algunas cuestiones sobre la utilización de las redes sociales como medio de prueba en el proceso laboral”, ob. cit., pág. 317 y ss.; Selma Penalva, A., “La información reflejada en las redes sociales y su valor como prueba en el proceso laboral. Análisis de los últimos criterios jurisprudenciales”, ob. cit. pág. 368 y ss.

judicial<sup>29</sup>, que niega la existencia de vulneración del derecho a la intimidad del trabajador cuando éste tiene un perfil abierto al público, dado que hay una autorización del titular del derecho para que cualquiera, incluido su empresario, pueda tener conocimiento de la parte de su intimidad que expone, por la publicidad que supone su medio. En la medida en que la información utilizada se ha colgado con un perfil público de una red social, no existe expectativa de privacidad, o, en otras palabras: dado que el propio trabajador decide que cualquiera puede acceder a esa información, no puede entenderse vulnerado su derecho a la intimidad si la empresa utiliza esta información para adoptar una medida disciplinaria.

En sentido contrario, si el perfil es cerrado, se consideran intromisiones ilegítimas el acceso a los mensajes o contenidos privados de un usuario sin el consentimiento del mismo, o la divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia como son fotografías o comentarios.

En conclusión: la vulneración del derecho a la intimidad o a la protección de datos de carácter personal del trabajador, a efectos de convertir en ilícita la prueba obtenida, dependerá del carácter público o privado del perfil del usuario en la red social. Si el perfil es abierto, se entiende que la información publicada en ella no forma parte de la esfera privada del individuo y que la utilización de dicha información en el proceso es admisible porque no se ha obtenido vulnerando su derecho a la intimidad. En sentido contrario, si el perfil de usuario es cerrado o privado, la obtención de la prueba se realizaría de forma ilegítima, se estaría vulnerando el derecho a la intimidad y por tanto la prueba no sería admisible en el seno del proceso<sup>30</sup>.

Por lo que se refiere al derecho al secreto de las comunicaciones, y tratándose de información existente en las redes sociales, el citado derecho puede verse vulnerado cuando el destinatario de la información (bien sean opiniones, fotografías, vídeos, etc.) reenvía la misma a terceros, y más concretamente al empresario, que descubre en esa información un posible incumplimiento contractual del trabajador susceptible de sanción.

En este punto la doctrina judicial<sup>31</sup> ha señalado, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, que el derecho al secreto de las comunicaciones únicamente protege frente a terceros ajenos a la comunicación, pero no impone un “deber de secreto” a los destinatarios de la misma. Si acaso, sobre ellos opera un “deber de reserva” en función de cuál sea el contenido de lo comunicado y más específicamente si lo comunicado forma parte de la esfera personal de quien envía el mensaje, pero en tales casos ello podría suponer una afectación a otro derecho fundamental, como es el derecho a la intimidad.

29 STSJ de Madrid de 28 de mayo de 2012 (Rec. núm. 966/2012); STSJ de Asturias de 14 de junio de 2013 (Rec. núm. 241/2013); STSJ de Castilla y León de 30 de abril de 2014 (Rec. núm. 491/2014); STSJ de Andalucía de 29 de octubre de 2015 (Rec. núm. 2723/2014); STSJ de Cantabria de 10 de noviembre de 2015 (Rec. núm. 765/2015); STSJ de las Islas Canarias de 22 de enero de 2016 (Rec. núm. 1167/2015); STSJ de Galicia de 14 de febrero de 2018 (Rec. núm. 4292/2017).

30 Lacalle Muls, A., “El impacto de las redes sociales y de la mensajería instantánea en la fase probatoria laboral”, ob. cit. pág. 238 y ss.; Fons Carbonell, M.R., “Mensajería instantánea y redes sociales, la prueba en el proceso laboral”, ob. cit. pág. 293; Salas Velasco, A.C., “La utilización de las tecnologías de la comunicación e información (TIC) y sus efectos en la práctica de la prueba en el proceso”, ob. cit. pág. 228.

31 STSJ de Aragón de 18 de mayo de 2016 (Rec. núm. 300/2016); STSJ de Andalucía de 22 de noviembre de 2017 (Rec. núm. 3626/2016), entre otras.

Al no imponerse un deber de secreto a los destinatarios de la conversación como son los “amigos” de Facebook o de una red social similar, no se vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones cuando el contenido publicado en la red social privada es compartido o difundido por una persona destinataria de la publicación, que puede reenviar dicha comunicación al empresario para que éste pueda usarla en un juicio. De modo que la revelación de una conversación por parte de uno de los interlocutores al empresario no vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones, y, por tanto, resulta una prueba válida, al no existir una intromisión ilegítima<sup>32</sup>.

Ello supone que la información publicada en redes sociales puede ser utilizada en juicio de forma legítima por dos vías sin que por ello se vulnere el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones: bien porque la persona destinataria de la información (por ser “amigo” o por ser la red de carácter público), quiere utilizar dicha información; o bien porque la persona que no es destinataria de la información (al no estar en el círculo de “amigos”) recibe la información de interés por vía de un “amigo” o legítimo destinatario<sup>33</sup>.

## 3. LA APORTACIÓN AL PROCESO DE LA INFORMACIÓN CONTENIDA EN LAS REDES SOCIALES: LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRUEBA

### 3.1. La naturaleza jurídico probatoria de la información contenida en las redes sociales

Según el artículo 90.1 de la LRJS: “Las partes, previa justificación de la utilidad y pertinencia de las diligencias propuestas, podrán servirse de cuantos medios de prueba se encuentren regulados en la Ley para acreditar los hechos controvertidos o necesitados de prueba, incluidos los procedimientos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido o de archivo y reproducción de datos, que deberán ser aportados por medio de soporte adecuado y poniendo a disposición del órgano jurisdiccional los medios necesarios para su reproducción y posterior constancia en autos”.

Los medios de prueba “regulados en la Ley” y admisibles en el proceso laboral son los descritos, con carácter general, en el artículo 299.1 de la LEC, y concretamente: el interrogatorio de las partes, los documentos públicos y privados, el dictamen de peritos, el reconocimiento judicial, y el interrogatorio de testigos.

32 STSJ de las Islas Canarias de 27 de julio de 2016 (Rec. núm.385/2016); STSJ de Cantabria de de enero de 2019 (Rec827/2018).

33 Cfr. Lacalle Muls, A., “El impacto de las redes sociales y de la mensajería instantánea en la fase probatoria laboral”, ob. cit. pág. 240 y ss.; Muñoz Ferrer, R., “Los nuevos medios de prueba en el procedimiento laboral: teléfonos móviles y Whatsapps”, ob. cit. pág. 2 y ss.

Pero el artículo 90.1 de la LRJS también admite los medios electrónicos antes descritos, y de hecho el artículo 299.2 de la LEC, señala que: *“También se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta Ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso”*. Este precepto reconoce a la prueba electrónica como un medio de prueba autónomo cuya regulación se desarrolla en los artículos 382 y 383 de la LEC con la terminología legal de *“instrumentos de filmación, grabación y semejantes”*, y en el artículo 384 de la LEC con la denominación de *“instrumentos que permiten archivar, conocer o reproducir datos relevantes para el proceso”*<sup>34</sup>.

En aquellos casos en que la información contenida en las redes sociales se aporta al acto de juicio, se plantea el problema de determinar ante qué tipo de prueba nos encontramos.

Tratándose de la información contenida en redes sociales, lo habitual es que las partes aporten los mensajes o fotografías publicados en ellas, bien en soporte papel mediante captura de pantalla (lo que se conoce como “pantallazo”), o bien mediante transcripción en papel del contenido de la conversación. En este punto, se ha discutido sobre si las publicaciones en redes sociales pueden ser consideradas documentos y, por tanto, pueden ostentar la naturaleza jurídica de prueba documental, o si por el contrario ello no alteraría su condición de prueba electrónica o digital consistente en la reproducción de palabras, imágenes o sonido.

El que las pruebas obtenidas de las redes sociales se consideren o no pruebas documentales no es una cuestión intrascendente, ya que afecta a la posibilidad de revisión de los hechos declarados probados en la sentencia a través de los recursos de suplicación o de casación ordinaria. Y es que según el artículo 193.b) de la LRJS, el recurso de suplicación tendrá por objeto *“revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas”*, sin hacer mención a la prueba electrónica. Y según el artículo 207.d) de la LRJS, el recurso de casación habrá de fundarse en un error en la apreciación de la prueba *“basado en documentos obrantes en autos que demuestren la equivocación del juzgador”*, sin hacer tampoco mención a la prueba electrónica.

De esta regulación se desprende que, si las pruebas obtenidas en las redes sociales son aportadas como medio de reproducción de la palabra, imagen o sonido, los hechos declarados probados en la sentencia no podrán ser revisados mediante el recurso de suplicación o de casación ordinaria, al no tener la naturaleza de prueba documental o pericial. Por el contrario, de entenderse que es una prueba documental, sí que tendrían eficacia revisoria.

---

34 Cuando el medio de prueba consista en la reproducción de las palabras, imágenes o sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes, las partes, al proponer la prueba, deberán acompañar, en su caso, transcripción escrita de las palabras contenidas en el soporte de que se trate y que resulten relevantes para el caso (art. 382.1 de la LEC). Y si se trata de instrumentos de archivos o reproducción de palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas relevantes para el proceso llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, serán examinados por el tribunal por los medios que la parte proponente aporte o que el tribunal disponga utilizar y de modo que las demás partes del proceso puedan, con idéntico conocimiento que el tribunal, alegar y proponer lo que a su derecho convenga (art. 384.1 de la LEC).

## 3.2. La información contenida en las redes sociales como prueba documental

Un sector de la doctrina científica<sup>35</sup> ha entendido que tanto las fotografías como los comentarios colgados en las redes sociales, debieran ser considerados como pruebas documentales, de modo que, por esta vía, cabría aceptar la revisión de los hechos declarados probados en la sentencia, a través del recurso de suplicación o de casación ordinaria. También lo ha entendido así algunos pronunciamientos de la doctrina judicial<sup>36</sup>.

Por lo que se refiere a las fotografías en base a dos argumentos: el primero de ellos por la noción amplia que de los documentos proporciona el artículo 324 de la LEC; y el segundo de ellos porque tanto el artículo 333 de la LEC (relativo a la extracción de copias de documentos que no sean escritos) como el artículo 334 de la LEC (relativo al valor probatorio de las copias reprográficas y al cotejo) consideran a las fotografías como documentos. Y el respecto a los comentarios, los mismos también podrían ser considerados documentos en base a esos mismos argumentos.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo<sup>37</sup> ha tenido ocasión de pronunciarse de manera expresa sobre la naturaleza jurídica de los correos electrónicos, calificándolos abiertamente como de prueba documental y permitiendo que los mismos puedan ser hábiles a los efectos de revisar los hechos declarados probados de una sentencia a través del recurso de casación, y por extensión, del recurso de suplicación.

Y de hacer extensible esta jurisprudencia a la información contenida en las redes sociales, la conclusión a alcanzar es que la misma sería una prueba documental hábil a los efectos revisorios antes descritos.

El Tribunal Supremo construye su argumentación del siguiente modo: con carácter previo distingue entre lo que son las fuentes de prueba y los medios de prueba. Las fuentes de prueba serían fuentes de información del mundo exterior susceptibles de ser ofrecidas a través de un medio de prueba, y los medios de prueba serían aquellos instrumentos de intermediación requeridos en el proceso para la constancia material de los datos existentes en esa realidad exterior. Las fuentes de prueba se incorporan al proceso a través de los medios de prueba, y mientras que las fuentes de prueba serían ilimitadas, los medios de prueba únicamente pueden ser los regulados en la LEC.

Con este panorama, y según el Tribunal Supremo, la controversia radica en determinar si la concisa regulación de los medios de prueba electrónicos prevista en los artículos 299.2 y 382 a 384 de la LEC convierte a éstos en unos medios de prueba autónomos, o si, por el contrario, dichas normas

35 Nores Torres, L.E., "Algunas cuestiones sobre la utilización de las redes sociales como medio de prueba en el proceso laboral", ob. cit. pág. 317 y ss.; Falguera Baró, M.A., "Nuevas tecnologías y trabajo (y III): perspectiva procesal", *Trabajo y Derecho. Nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 22, 2016, pág. 10.

36 STSJ de Asturias de 14 de junio de 2013 (Rec. núm. 241/2013); STSJ de las Islas Canarias de 22 de enero de 2016 (Rec. núm. 1167/2015).

37 STS de 23 de julio de 2020 (Rec. núm. 239/2018).

no contemplan unos medios de prueba independientes, debiendo éstos ponerse en relación con la prueba documental. Y a juicio del Tribunal Supremo, los artículos 299.2 y 382.1 y 384.1 de la LEC tan solo establecen las peculiaridades de ciertos instrumentos en una regulación brevísima, señalando que, a diferencia de los documentos escritos, no basta con dar traslado de estas pruebas a la parte contraria, sino que normalmente es preciso proceder al visionado del vídeo, a la escucha del audio o al examen del instrumento de archivo.

Siendo ello así, afirma que los medios de prueba en sentido estricto serían los enumerados en el art. 299.1 de la LEC, los cuales constituyen un “númerus clausus”. Y, de hecho, la LEC contendría preceptos favorables a una interpretación amplia del concepto de prueba documental, como sucedería, por ejemplo, con los artículos 326.3, 333 y 812.1.1 de la LEC. Además, el concepto amplio de documento, comprensivo de los electrónicos, es el que impera en el resto del ordenamiento jurídico, con el que tiene que resultar coherente la interpretación de la LEC<sup>38</sup>.

Concluye el Tribunal señalando que el avance tecnológico ha hecho que muchos documentos se materialicen y presenten a juicio a través de los nuevos soportes electrónicos, lo que no debe excluir su naturaleza de prueba documental, con las necesarias adaptaciones (por ejemplo, respecto de la prueba de autenticación). Si no se postula un concepto amplio de prueba documental, llegaría un momento en que la revisión fáctica a través del recurso de casación quedaría vaciada de contenido si se limitase a los documentos escritos, cuyo uso será exiguo.

### 3.3. La información contenida en las redes sociales como prueba electrónica o digital

Pese a lo expuesto anteriormente, entiendo, junto con la mayoría de la doctrina científica<sup>39</sup>, que las publicaciones de una red social, o las fotografías obtenidas en las mismas, han de aportarse como medios de reproducción de la palabra, la imagen o el sonido, y, en consecuencia, se trata de una prueba digital al contener toda una serie de información en un soporte electrónico que ha de ser transmitida por dicho medio. Es decir, estaríamos ante una prueba electrónica o digital y no ante una prueba documental de modo que carecería de la eficacia revisoria antes descrita.

38 En ese sentido el Tribunal Supremo cita el artículo 26 del Código Penal; el artículo 230 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; el artículo 24.2 de la Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico; el artículo 3 de la derogada Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica; el artículo 17 bis de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862; el artículo 49.1 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español; el artículo 76.3 “in fine” del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados; el artículo 41.1 del Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre; y el artículo 3 del Real Decreto 263/1996, de 16 de febrero, por el que se regula la utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración General del Estado.

39 Lacalle Muls, A., “El impacto de las redes sociales y de la mensajería instantánea en la fase probatoria laboral”, ob. cit. pág. 241 y ss.; Fons Carbonell, M.R., “Mensajería instantánea y redes sociales, la prueba en el proceso laboral”, ob. cit. pág. 287; Munín Sánchez, L.M., “Las nuevas maneras de trabajar y los nuevos medios de prueba”, ob. cit. pág. 342 y ss.; Nores Torres, L.E., “Algunos puntos críticos sobre la repercusión de las redes sociales en el ámbito de las relaciones laborales: aspectos individuales, colectivos y procesales”, ob. cit. pág. 23 y ss.; Salas Velasco, A.C., “La utilización de las tecnologías de la comunicación e información (TIC) y sus efectos en la práctica de la prueba en el proceso”, ob. cit. pág. 235.

## LAS REDES SOCIALES COMO MEDIO DE PRUEBA EN EL PROCESO LABORAL

Así lo habría entendido también la doctrina judicial<sup>40</sup> al señalar que la prueba obtenida de las redes sociales no tendría la naturaleza de prueba documental ni sería válida a efectos de articular la revisión de hechos declarados probados en una sentencia mediante un recurso de suplicación, al tener la naturaleza de prueba por reproducción de palabras e imágenes.

Con ello estos pronunciamientos hacen suya la jurisprudencia sentada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo<sup>41</sup> según la cual, la prueba electrónica prevista en los artículos 382 a 384 de la LEC (y concretamente los medios de reproducción de la palabra, la imagen y el sonido) no tiene la consideración de prueba documental y por tanto no sería hábil a los efectos revisorios antes indicados. La construcción del Tribunal Supremo, descansa sobre dos hilos argumentales<sup>42</sup>:

En primer lugar, en la regulación y el tratamiento separado que la LEC dispensa a la prueba electrónica (arts. 382 a 384) respecto de la prueba documental (arts. 317 a 334), y es que limitándose la ley procesal laboral a establecer en el artículo 90 que se admiten como prueba los medios mecánicos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido, sin establecer cuál es su naturaleza y qué tratamiento ha de dárseles, habrá que acudir a lo dispuesto en la LEC, y en este sentido, el artículo 299.2 de la LEC ha dado un tratamiento autónomo a estos medios, diferenciándolos así de la prueba documental prevista en el apartado primero, por lo que la interpretación del concepto de prueba documental ha de efectuarse de forma restrictiva.

Además, la diferencia entre una y otra se aprecia no solo en la forma de aportación de la prueba documental frente a la prueba electrónica o digital ("ex" artículos 265, 267, 268, 270 y 273 de la LEC)<sup>43</sup>, sino también en la práctica de dichas pruebas, ya que mientras que en la prueba documental ha de darse traslado a las partes en el acto del juicio, la práctica de la prueba electrónica se realiza en último lugar, una vez que se han practicado todas las pruebas ("ex" art. 300 de la LEC).

Y la diferencia no solo se aprecia en la forma de aportación y práctica de la misma sino también en la valoración por el juez ya que mientras la prueba documental está sometida a un sistema mixto de valoración probatoria (tasada en determinados documentos públicos y privados y libre en los res-

40 STSJ de Galicia de 12 de noviembre de 2012 (Rec. núm. 3743/2012); STSJ del País Vasco de 12 de noviembre de 2013 (Rec. núm. 1883/2013); STSJ de Cantabria de 14 de diciembre de 2015 (Rec. núm. 810/2015).

41 STS de 16 de junio de 2011 (Rec. núm. 3983/2010) y STS de 26 de noviembre de 2012 (Rec. núm. 786/2012).

42 Ceca Magán, E., "Proceso laboral. Ineficacia revisora de la prueba de grabación de imagen y sonido, por no tener naturaleza de prueba documental", en AA.VV. *Práctica laboral para abogados. Los casos más relevantes en 2011 en los grandes despachos*, ed. La Ley, Madrid, 2012, pág. 1 y ss.

43 El artículo 265 de la LEC, al disponer los documentos, escritos u objetos que han de acompañar a la demanda, distingue en el apartado 1º: "los documentos en que las partes funden su derecho" y en el apartado 2º: "los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, si en ellos se fundaran las pretensiones". Los artículos 267 y 268 establecen la forma de presentación de documentos públicos y privados, no resultando estos preceptos de aplicación a los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen. El artículo 270, que regula la presentación en momento no inicial del proceso, se refiere tanto a la presentación de documentos, como de medios e instrumentos, diferenciando, pues, unos de otros. Y el artículo 273 exige que todo documento que se aporte ha de acompañarse de tantas copias literales cuantas sean las otras partes del proceso, lo que no se exige respecto de la aportación de instrumentos de reproducción de la palabra, el sonido o la imagen.

tantes “ex” artículos 319 y 326 de la LEC), en cambio la prueba electrónica está sometida a un sistema de valoración libre ya que tanto en el supuesto del artículo 382.3 como en el del artículo 384.3 LEC se insiste en que el juez la valorará según las reglas de la sana crítica.

En segundo lugar, el alto Tribunal insiste en la no aplicación al proceso laboral de la jurisprudencia sentada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que viene a reconocer el carácter de prueba documental a ciertos medios de prueba electrónicos. Tal entendimiento del concepto de prueba documental no resultaría de aplicación al proceso laboral porque en el mismo opera como supletoria la LEC, en la que se establece la diferenciación entre prueba documental y prueba electrónica, y porque en el proceso penal se realiza dicha interpretación amplia del concepto de documento a la luz de lo establecido en el artículo 26 del Código Penal, donde expresamente se reconoce que se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica, lo que no sucede en el proceso laboral.

Además, la idoneidad de esta prueba para revisar los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, se enmarca legalmente dentro de un recurso de carácter extraordinario como es el recurso de suplicación, tal y como resulta de su configuración legal, y consecuencia de tal carácter es la limitada revisión de hechos legalmente permitida, que únicamente puede realizarse a la vista de la prueba documental o pericial practicada en la instancia.

En consecuencia, la prueba electrónica no sería hábil a los efectos de revisar los hechos declarados probados en una sentencia a través del recurso de suplicación. Y de interpretarse que las redes sociales un medio de prueba electrónico y no una prueba documental, por aplicación de esta segunda línea jurisprudencial, los mismos tampoco serían hábiles a estos efectos revisorios.

## 4. LA EFICACIA PROBATORIA DE LA INFORMACIÓN CONTENIDA EN LAS REDES SOCIALES

### 4.1. La autenticidad e integridad de la información contenida en las redes sociales y su acreditación mediante medios de prueba alternativos

Los perfiles que se crean en las redes sociales no ofrecen ninguna seguridad, ni sobre la verdadera titularidad del usuario (nombre, fotografía, etc.), ni sobre si lo que se ha publicado en la cuenta es cierto o no. De hecho, es fácil la manipulación suplantando la identidad de un usuario utilizando su cuenta que ha quedado abierta y publicando así un “post”, o incluso enviando un mensaje en su nombre mediante la utilización de un dispositivo ajeno. Y también es posible que el receptor o emisor del mensaje enviado instantáneamente elimine parte de la conversación en la que podría verse perjudicado<sup>44</sup>.

44 Lacalle Muls, A., “El impacto de las redes sociales y de la mensajería instantánea en la fase probatoria laboral”, ob. cit. pág. 247 y ss.

Pero hay otros factores que restan valor probatorio a este tipo de pruebas: pueden reflejar meras ficciones, incluir información falsa introducida por otra persona, información real pero no reciente con el ánimo de distorsionar negativamente la imagen del trabajador frente a la empresa generando confusión, etc. Por ello, los principales problemas que plantea la prueba obtenida en redes sociales están relacionados con la autoría del comentario y la integridad de su contenido, ya que este último puede manipularse.

Si la información contenida en las redes sociales es aportada al acto de juicio sin ninguna otra garantía más que un “pantallazo” de la misma, existe el riesgo de que los tribunales no consideren dicha prueba como fiable, de ahí la conveniencia de acreditar la autenticidad e integridad de dicha información mediante otros medios probatorios alternativos<sup>45</sup>.

En este punto destacan las facultades del juez o tribunal a la hora de advertir o alertar a las partes de la conveniencia de aportar otras pruebas que sean coadyuvantes a la hora de acreditar la autenticidad e integridad de la información publicada, y todo ello a la luz de las previsiones del artículo 429.1 de la LEC, según el cual: *“Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo podrán de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente”*.

De este tenor se desprende que el juez queda facultado para introducir estas advertencias a las partes, lo cual es especialmente relevante en el proceso laboral, que dota al juez de importantes facultades en la intervención de la práctica de la prueba sin que ello ponga en cuestión la imparcialidad del mismo, habida cuenta las especialidades respecto de los valores y bienes jurídicos tutelados en el proceso social.

Además, al tratarse de una prueba electrónica, se admite que la parte que proponga este medio de prueba pueda aportar los dictámenes y medios de prueba instrumentales que considere convenientes. Y también las otras partes podrán aportar dictámenes y medios de prueba cuando cuestionen la autenticidad y exactitud de lo reproducido (art. 382.2 y 384.2 de la LEC).

Por ello, ante las dificultades que comporta garantizar tanto la autenticidad como la integridad de la prueba electrónica, resulta conveniente acudir a otros medios de prueba alternativos como son los previstos en el artículo 299.1 de la supletoria LEC, más allá de la simple aportación del “pantallazo” como documento privado, y en concreto: al interrogatorio de las partes, a los documentos públicos y privados, al dictamen de peritos, al reconocimiento judicial, y al interrogatorio de testigos.

---

45 Fuentes Soriano, O., “Vídeos, comunicación electrónica y redes sociales: cuestiones probatorias”, *Práctica de los Tribunales*, núm. 135, 2018, pág. 11 y ss.; Salas Velasco, A.C., “La utilización de las tecnologías de la comunicación e información (TIC) y sus efectos en la práctica de la prueba en el proceso”, ob. cit. pág. 221.

## 4.2. El interrogatorio de las partes: la impugnación de la prueba por la parte a quien perjudica

En base al interrogatorio de parte (art. 91 de la LRJS y arts. 301 y ss. de la LEC), se podría interrogar a la parte contraria sobre si tiene conocimiento de la información publicada en la red social de manera que, si la parte interlocutora no la impugna y la reconoce expresamente, cabría entender como válida la prueba presentada. Estaríamos ante el reconocimiento de hechos no controvertidos que desplegarían plenos efectos en el seno del proceso y como una expresa admisión de la autenticidad e integridad de la comunicación electrónica. Naturalmente el problema se plantea cuando la parte contraria entiende que la información puede haber sido manipulada, cuestionando la autenticidad e integridad de dicha prueba e impugnándola.

Como ha evidenciado la doctrina científica<sup>46</sup>, la impugnación de la prueba digital puede versar sobre los siguientes aspectos: tratándose de las redes sociales se puede impugnar la autenticidad del comentario, que consiste en poner en duda la concordancia del autor aparente con el real y el impugnante puede sostener la suplantación del titular de la red social desde la que el comentario u opinión ha sido enviado; se puede impugnar la exactitud del comentario cuando el impugnante alega que se ha procedido a una transcripción parcial, seleccionando las palabras o expresiones que interesan y evitando las que perjudican; se puede impugnar la integridad del comentario o de la conversación, cuando el impugnante alega que han sido manipulados mediante la sustitución o adición de palabras o expresiones; y se puede impugnar la certeza, esto es, la concordancia de las declaraciones contenidas con la realidad de lo sucedido.

El tema de la impugnación de la prueba electrónica tampoco está exento de polémica. Una cuestión relevante es la relativa a si el proponente tiene la carga de probar la autenticidad e integridad de esta prueba electrónica o si, por el contrario, ésta carga le corresponde al impugnante. Y al respecto ya puede afirmarse que la impugnación de la prueba electrónica va a suponer, automáticamente, un desplazamiento de la carga de probar su autenticidad e integridad hacia la parte que la presentó.

En este sentido se ha expresado la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo<sup>47</sup> al indicar que la impugnación de la autenticidad de cualquiera de esas conversaciones, cuando son aportadas a la causa mediante archivos de impresión, desplaza la carga de la prueba hacia quien pretende aprovechar su idoneidad probatoria. Además, por aplicación de las reglas sobre distribución de la carga de la prueba (art. 217.2 y 3 de la LEC) es a la parte que aporte esta prueba al proceso a quien corresponde acreditar la autenticidad e integridad de la misma.

Se trata de consecuencias que se anudan de manera automática a la impugnación de la prueba electrónica y que favorecen que esta actitud procesal impugnatoria se acabe convirtiendo en una tónica general en el marco de una estrategia defensiva como reacción procesal. Si a ello se suma el

<sup>46</sup> Colás Neila, E., Yélamos Bayarri, E., "El WhatsApp como prueba de hechos discutidos en el proceso laboral. ¿Más exigencias que una prueba tradicional?", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 8, núm. 2, 2020, pág. 57.

<sup>47</sup> STS de 19 de mayo de 2015 (Rec. núm. 2387/2014); STS de 27 de noviembre de 2015 (Rec. núm. 10333/2015); STS de 27 de junio de 2019 (Rec. núm. 10732/2018).

hecho de que la prueba pericial informática acabara siendo a la que se recurra para verificar el contenido de la comunicación, el resultado viene a ser que se deja la eficacia de dicha prueba en manos de la parte perjudicada por ella.

Por tal motivo, algún autor<sup>48</sup> ha apuntado la conveniencia de que, para paliar el desequilibrio que las consecuencias de la impugnación de este tipo de prueba provocan en las partes (básicamente económicas y dilatorias), los tribunales deberían comenzar a plantearse la necesidad de exigir una cierta justificación o fundamentación de dicha impugnación mediante argumentos razonados y serios y no meramente espurios. Es decir, debería exigirse una cierta justificación o fundamentación de dicha impugnación y, junto a ello, la proposición de algún mecanismo probatorio alternativo.

### 4.3. El interrogatorio de testigos

Al margen del interrogatorio de parte, de entre los otros medios probatorios alternativos a que se puede acudir para demostrar la autenticidad e integridad de la información contenida en las redes sociales destaca la prueba de interrogatorio de testigos (art. 92 de la LRJS y arts. 360 y ss. de la LEC).

A través de la misma, podrían intervenir como testigos aquellas personas conocedoras de los hechos controvertidos relativos al objeto del juicio (art. 360 de la LEC), sobre todo si el testigo forma parte del círculo de amigos del titular de la red social, y ha podido acceder directamente a los comentarios o al contenido de la información publicada.

Los testigos pueden haber estado presentes en el momento en que el comentario fue publicado, declarando en tales sobre la autoría y contenido del mismo. O pueden haber sido destinatarios de dicho comentario, en cuyo caso su declaración podrá ser determinante a efectos de la autenticidad e integridad del mismo.

Sin embargo, la doctrina científica<sup>49</sup> ha señalado que para que la prueba sea aceptada con mayores garantías, será necesario que la información contenida en las redes sociales, sea acreditada mediante otros medios de prueba alternativos y más garantistas, que exigen la intervención de sujetos profesionales especializados.

<sup>48</sup> Fuentes Soriano, O., "Vídeos, comunicación electrónica y redes sociales: cuestiones probatorias", ob. cit. pág. 31 y ss.

<sup>49</sup> Lacalle Muls, A., "El impacto de las redes sociales y de la mensajería instantánea en la fase probatoria laboral", ob. cit. pág. 246 y ss.; Nores Torres, L.E., "Algunos puntos críticos sobre la repercusión de las redes sociales en el ámbito de las relaciones laborales: aspectos individuales, colectivos y procesales", ob. cit. pág. 18 y ss.; Fons Carbonell, M.R., "Mensajería instantánea y redes sociales, la prueba en el proceso laboral", ob. cit. pág. 287; Falguera Baró, M.A., "Nuevas tecnologías y trabajo (y III): perspectiva procesal", ob. cit. pág. 10; Selma Penalva, A., "La información reflejada en las redes sociales y su valor como prueba en el proceso laboral. Análisis de los últimos criterios jurisprudenciales", ob. cit. pág. 371 y ss.; Fuentes Soriano, O., "Vídeos, comunicación electrónica y redes sociales: cuestiones probatorias", ob. cit. pág. 11 y ss.

## 4.4. El reconocimiento judicial y la intervención del letrado de la Administración de Justicia

Por lo que se refiere a la prueba del reconocimiento judicial (arts. 353 y ss. de la LEC), la misma también está prevista para el esclarecimiento o apreciación de los hechos debatidos mediante el examen directo por parte del juez o tribunal de algún objeto, lugar o persona.

El juez puede examinar por sí mismo el contenido de la información publicada en la red social a través de un medio técnico apropiado, lo cual puede acordarse de forma autónoma o conjuntamente con otro medio de prueba<sup>50</sup>. Es decir, sería posible comprobar la realidad de la información mediante el reconocimiento judicial efectuado en el acto de juicio accediendo el juez al contenido de la red social.

Ahora bien, normalmente será improbable que pueda realizarse dicho reconocimiento judicial, pues la prueba electrónica o digital es volátil y fácilmente disponible por las partes, por lo que adquiere una especial relevancia la necesidad de pre constituir la prueba desde que se tenga conocimiento, o anticipar la prueba, conforme a lo previsto en la ley procesal. Además, el juez en ningún caso podrá verificar la autenticidad o integridad de dicha información para el caso de que la misma fuese impugnada.

Otra opción es solicitar al letrado de la Administración de Justicia que intervenga activamente levantando la oportuna acta a que se refiere el artículo 383 de la LEC. Dado que el letrado de la Administración de Justicia es el depositario de la fe pública judicial, éste puede levantar acta a petición de los interesados sobre el contenido de la información que consta en la red social, y precisamente por la condición de depositario de la fe pública judicial de este interviniente, debe darse el valor probatorio de documento público a estas diligencias de constancia.

Pero al respecto cabe recordar el escaso o nulo valor añadido de esta intervención, desde el mismo momento en que aquello de lo que el letrado de la Administración de Justicia da fe, es que el documento que se le presenta impreso coincide con el que se le muestra en la red social, pero nada puede decir sobre la autenticidad e integridad de la información allí reflejada, o sobre su posible manipulación<sup>51</sup>. Por tal motivo, otra opción es acudir al levantamiento de un acta notarial.

## 4.5. El levantamiento del acta notarial

Por lo que se refiere a la intervención notarial, la información publicada en la red social puede aportarse al proceso como documento público si el notario da fe pública de su contenido mediante la oportuna acta notarial.

---

50 Fons Carbonell, M.R., "Mensajería instantánea y redes sociales, la prueba en el proceso laboral", ob. cit. pág. 289.

51 Fuentes Soriano, O., "Vídeos, comunicación electrónica y redes sociales: cuestiones probatorias", ob. cit. pág. 11 y ss.

El notario, como fedatario público, hará constar mediante un acta de protocolización la existencia de los comentarios, opiniones o fotografías mediante el acceso a la red social, incorporándolos impresos al acta notarial e incluyendo la identificación de la cuenta desde la que han sido enviados o recibidos, las fechas, y las identidades de los intervinientes.

Respecto al contenido del acta notarial cabe decir lo siguiente<sup>52</sup>: a) el requerimiento de la actuación notarial solamente podrá hacerlo quien tenga interés legítimo en ello, y así, el requirente deberá explicar la razón de por qué desea hacer constar ante notario la información publicada en una red social; b) el notario debe informar al requirente de que la existencia de una copia notarial no supone el permiso para una publicidad indiscriminada de su contenido, y por tanto al requirente le incumbe la responsabilidad de no divulgar indebidamente datos personales; c) el notario debe hacer una serie de comprobaciones técnicas, para verificar que la titularidad de la cuenta de la red social corresponde al requirente; d) será necesario incluir en el acta todo lo necesario para que se comprenda bien el sentido de la información; e) se pueden hacer constar en el acta textos, y también imágenes, vídeos, o audios, siempre que aparezcan en ellas los intervinientes; f) a la hora de transcribir una conversación, el notario solamente puede requerir a quien haya participado materialmente en ella.

Ahora bien, el acta notarial únicamente dará constancia de que en un determinado momento existía la publicación de un comentario, una fotografía, o un vídeo, pero no puede dar certeza sobre su autenticidad e integridad dado que la fe pública sólo se refiere a lo percibido por el fedatario, pero no a la veracidad de las declaraciones realizadas por las partes<sup>53</sup>. Es decir, la actuación del notario no puede garantizar que la información haya sido manipulada, de ahí que sea conveniente que en el acta notarial el requirente declare expresamente que no se ha manipulado el contenido de la información, advirtiéndole el notario de las responsabilidades que asume en caso contrario.

### 4.6. La prueba pericial informática

Por todo lo expuesto, y ante las dificultades de detectar la manipulación, es recomendable acudir a una prueba pericial (art. 93 de la LRJS y arts. 335 y ss. de la LEC) que identifique el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de los interlocutores y la integridad de su contenido. La prueba pericial informática permite resolver las carencias del acta notarial, al dar certeza de la autenticidad e integridad de la información publicada, certificando la inexistencia de alteración de la misma, y garantizado así la ausencia de manipulación.

52 Colás Neila, E., Yélamos Bayarri, E., "El WhatsApp como prueba de hechos discutidos en el proceso laboral. ¿Más exigencias que una prueba tradicional?", ob. cit. pág. 53.

53 Lacalle Muls, A., "El impacto de las redes sociales y de la mensajería instantánea en la fase probatoria laboral", ob. cit. pág. 250 y ss.; Fons Carbonell, M.R., "Mensajería instantánea y redes sociales, la prueba en el proceso laboral", ob. cit. pág. 288; Nores Torres, L.E., "Algunas cuestiones sobre la utilización de las redes sociales como medio de prueba en el proceso laboral", ob. cit. pág. 4 y ss.

En este sentido, el artículo 335 de la LEC, respecto de la prueba documental, recuerda la utilidad de elaborar un dictamen pericial cuando sean necesarios conocimientos técnicos para valorar hechos o adquirir certeza sobre ellos. Y tanto el artículo 382.2 como el artículo 384.2 de la LEC, al regular la prueba electrónica, reconocen al proponente la posibilidad de aportar los “dictámenes” y “medios de prueba instrumentales” que considere convenientes, y en términos similares reconoce idéntica posibilidad a las otras partes cuando cuestionen la autenticidad y exactitud de lo reproducido.

Los informes periciales informáticos pueden ser aportados por las propias partes, o pueden ser solicitados por el juzgador en caso de duda, como diligencia final. Y la labor del perito informático resulta indispensable para dar garantías a esta prueba, al disponer de los conocimientos especializados sobre la materia. Por lo que se refiere a la autoría, el experto informático puede acreditar la titularidad de la cuenta desde la que se publicó el comentario, fotografía o vídeo. Y por lo que se refiere al contenido, puede garantizar que éste no ha sido modificado o manipulado.

En la investigación pericial se distinguen tres fases: la primera es el análisis preliminar para la identificación de la prueba que se desea obtener; la segunda es la adquisición de los datos electrónicos, conservando las copias y la constatación de las técnicas empleadas para garantizar la integridad de la información; y la última fase es la del análisis forense de la información digital, a cuyo efecto es conveniente que el perito tenga un mínimo conocimiento de la normativa legal<sup>54</sup>.

En cualquier caso, será necesario que el informe pericial sea ratificado en juicio por parte del perito informático que lo haya elaborado, al exigirlo así el artículo 93 de la LRJS, que dispone expresamente que la práctica de la prueba pericial se llevará a cabo en el acto de juicio presentando los peritos su informe y ratificándolo.

Además, la prueba pericial no solo resulta la más garantista y segura, sino que los hechos declarados probados en la sentencia de instancia a través de la misma, son revisables a través del recurso de duplicación según dispone el artículo 193.b) de la LRJS<sup>55</sup>.

Ahora bien, como ha evidenciado la doctrina científica<sup>56</sup>, aunque la prueba pericial sea la única vía posible para poder llegar a conocer la autenticidad e integridad de la comunicación presentada como prueba, también es cierto que es una prueba altamente compleja, que, para que esté realizada con todas las garantías, resultará lenta y costosa.

54 Colás Neila, E., Yélamos Bayarri, E., “El WhatsApp como prueba de hechos discutidos en el proceso laboral. ¿Más exigencias que una prueba tradicional?”, ob. cit. pág. 55.

55 Lacalle Muls, A., “El impacto de las redes sociales y de la mensajería instantánea en la fase probatoria laboral”, ob. cit. pág. 250 y ss.

56 Fuentes Soriano, O., “Vídeos, comunicación electrónica y redes sociales: cuestiones probatorias”, ob. cit. pág. 11 y ss.

## 4.7. Eficacia probatoria y valoración judicial de la información contenida en las redes sociales

A la vista de la regulación legal, cabe concluir que, si la autenticidad e integridad de la información publicada a través de las redes sociales no resulta impugnada, estaríamos ante hechos no controvertidos, que desplegarían plena eficacia en el seno del proceso.

Es más, de considerarse a la información impresa como un documento privado, y por aplicación de lo dispuesto en el artículo 326.1 de la LEC estos documentos: *“harán prueba plena en el proceso, en los términos del artículo 319, cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudiquen”*.

Y si fuera incorporada en un acta notarial o en una diligencia de constancia del letrado de la Administración de Justicia, tendrían la consideración de documento público, y por aplicación de lo dispuesto en el artículo 319 de la LEC: *“harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esta documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella”*.

A idéntica conclusión cabría llegar si su eficacia resulta probada expresamente como resultado de las pruebas adicionales llevadas a cabo (como es la prueba testifical o la prueba pericial informática).

Pero para el supuesto de haber sido impugnada la prueba electrónica y no haberse podido determinar su autenticidad e integridad, el órgano jurisdiccional valorará la validez y eficacia probatoria de la misma de acuerdo con el conjunto de las restantes pruebas que hayan sido practicadas conforme a las reglas de la sana crítica “ex” artículos 97.2 de la LRJS, 326.2, 382.3 y 384.3 de la LEC.

## 5. CONCLUSIONES

- I. El uso de las redes sociales por parte del trabajador para publicar comentarios, fotografías, o vídeos, ha tenido una repercusión inmediata en el ámbito de las relaciones de trabajo. Con ello, las redes sociales se han convertido en un medio de prueba con el que el empresario ha pretendido justificar en el proceso laboral, la imposición de determinadas sanciones disciplinarias ante incumplimientos contractuales del trabajador.
- II. A la hora de acceder a la información contenida en las redes sociales, el empresario puede vulnerar ciertos derechos fundamentales del trabajador como son el derecho a la intimidad, el derecho a la protección de datos de carácter personal, o el derecho al secreto de las comunicaciones. La vulneración del derecho a la intimidad o a la protección de datos de carácter personal del trabajador dependerá del carácter público o privado del perfil del usuario en la red social. Y la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones dependerá del modo en que el empresario ha accedido a la información, y si ha recibido la misma de un

legítimo destinatario o no. En caso de vulnerarse alguno de estos derechos fundamentales, la prueba sería ilícita, y no podrá ser admitida en el proceso.

III. Aunque la información contenida en las redes sociales suele aportarse al proceso en soporte papel mediante captura de la pantalla o transcripción de su contenido, en realidad estamos ante una prueba electrónica o digital y no ante una prueba documental. Al tratarse de una prueba electrónica o digital, la misma deberá ser aportada al acto de juicio por medio de soporte adecuado, poniendo a disposición del órgano jurisdiccional los medios necesarios para su reproducción y posterior constancia en autos. Y a través de ella no será posible revisar los hechos declarados probados en una sentencia mediante los recursos de suplicación o de casación ordinaria.

IV. A la hora de abordar la eficacia probatoria de la información publicada en las redes sociales, los principales problemas que se plantean están relacionados con su autenticidad o integridad ya que puede ser manipulada. Por ello, en aquellos casos en que la parte perjudicada impugna la autenticidad e integridad de dicha información, será necesario acudir a otros medios de prueba alternativos, como son la prueba testifical, el reconocimiento judicial, el levantamiento de acta notarial, y especialmente la prueba pericial informática.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

Aramendi Sánchez, J.P., "Comentarios al artículo 90 de la LRJS", en AA.VV. *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social comentada y con jurisprudencia*, ed. La Ley, Madrid, 2015.

Baylos Grau, A., "Medios de prueba y derechos fundamentales. Especial referencia a la tutela de estos derechos", en AA.VV. *La prueba en el proceso laboral*, ed. CGPJ, Madrid, 1998.

Ceca Magán, E., "Proceso laboral. Ineficacia revisora de la prueba de grabación de imagen y sonido, por no tener naturaleza de prueba documental", en AA.VV. 2012, *Práctica laboral para abogados. Los casos más relevantes en 2011 en los grandes despachos*, ed. La Ley, Madrid, 2012.

Colàs Neila, E., Yélamos Bayarri, E., "El WhatsApp como prueba de hechos discutidos en el proceso laboral. ¿Más exigencias que una prueba tradicional?", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 8, núm. 2, 2020.

Del Rey Guanter, S., "Nuevas técnicas probatorias, obtención ilícita de la prueba y derechos fundamentales en el proceso laboral", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 37, 1989.

Falguera Baró, M.A., "Nuevas tecnologías y trabajo (y III): perspectiva procesal", *Trabajo y Derecho. Nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 22, 2016.

Fons Carbonell, M.R., "Mensajería instantánea y redes sociales, la prueba en el proceso laboral", en AA.VV. *Nuevas Tecnologías y Relaciones Laborales. XXIX Jornadas Catalanas de Derecho Social*, ed. CEJFE, Barcelona, 2019.

## LAS REDES SOCIALES COMO MEDIO DE PRUEBA EN EL PROCESO LABORAL

- Fuentes Soriano, O., "Vídeos, comunicación electrónica y redes sociales: cuestiones probatorias", *Práctica de los Tribunales*, núm. 135, 2018.
- García-Perrote Escartín, I., *La prueba en el proceso laboral*, ed. Civitas, Madrid, 1994.
- Gil Plana, J., *La prueba en el proceso laboral*, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2005.
- Lacalle Muls, A., "El impacto de las redes sociales y de la mensajería instantánea en la fase probatoria laboral", *Iuslabor*, núm. 1, 2018.
- López Balaguer, M., Ramos Moragues, F., "Derecho a la intimidad y a la protección de datos y licitud de la prueba en el proceso laboral", en AA.VV. *Derecho del Trabajo y nuevas tecnologías, estudios en homenaje al profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- Lousada Arochena, J.F., "La prueba ilícita en el proceso laboral", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 11, 2006.
- Molina Navarrete, C., "Control tecnológico del empleador y derecho probatorio: Efectos de la prueba digital lesiva de derechos fundamentales", *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar social*, núm. 150, 2019.
- Munín Sánchez, L.M., "Las nuevas maneras de trabajar y los nuevos medios de prueba", en AA.VV. *Nuevas tecnologías y nuevas maneras de trabajar: Estudios desde el Derecho español y comparado*, ed. Dykinson, Madrid, 2017.
- Muñiz Ferrer, R., "Los nuevos medios de prueba en el procedimiento laboral: teléfonos móviles y Whatsapps", *Trabajo y Derecho. Nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 30, 2017.
- Nores Torres, L.E., "Algunas cuestiones sobre la utilización de las redes sociales como medio de prueba en el proceso laboral", *Actualidad Laboral*, núm. 3, 2014.
- Salas Velasco, A.C., "La utilización de las tecnologías de la comunicación e información (TIC) y sus efectos en la práctica de la prueba en el proceso", en AA.VV. *Nuevas Tecnologías y Relaciones Laborales. XXIX Jornadas Catalanas de Derecho Social*, ed. CEJFE, Barcelona, 2019.
- Sanchís Crespo, C., "La prueba en soporte electrónico", en AA.VV. *Las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia: análisis sistemático de la Ley 18/2011, de 5 de julio*, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012.
- Selma Penalva, A., "La información reflejada en las redes sociales y su valor como prueba en el proceso laboral. Análisis de los últimos criterios jurisprudenciales", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 39, 2014.
- Villalba Sánchez, A., "El despido del trabajador derivado del uso de las redes sociales", *Iuslabor*, núm. 3, 2022.

## EL CONTROL Y LA GESTIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL. A propósito de la reforma introducida por el RD 1060/2022, de 27 de diciembre

CONTROL AND MANAGEMENT OF TEMPORARY DISABILITY.

About the reform introduced by RD 1060/2022, of December 27

**Guillermo Rodríguez Iniesta**

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

[guiller@um.es](mailto:guiller@um.es) ORCID [0000-0001-5054-8822](https://orcid.org/0000-0001-5054-8822)

Recepción de trabajo: 19-02-2023 - Aceptación: 20-03-2023 - Publicado: 22-03-2023

Páginas: 144-185

- 1. INTRODUCCIÓN . ■ 2. EL CONTROL Y GESTIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL. 2.1. BREVE RESEÑA DE LA SITUACIÓN ANTERIOR AL RD 625/2014, DE 18 DE JULIO. 2.1.1. El diseño inicial y la reforma de 1972. 2.1.2. Comienza la preocupación por su control. 2.2. EL MODELO DE GESTIÓN Y CONTROL ESTABLECIDO POR EL RD 625/2014, DE 27 DE DICIEMBRE. 2.2.1. Objetivos. 2.2.2. Su ámbito. 2.2.3. Sobre las declaraciones médicas de baja y de confirmación de los procesos de incapacidad temporal. 2.2.4. La determinación de la contingencia causante de la incapacidad temporal. 2.2.5. Declaraciones médicas de alta en los procesos de incapacidad temporal. 2.2.6. Informes complementarios y de control. 2.2.7. Tramitación. 2.2.8. Propuestas de alta médica impulsadas por las Mutuas. 2.2.9. Requerimientos a los trabajadores para reconocimiento médico. 2.2.10. Seguimiento y control de la prestación económica y de las situaciones de incapacidad temporal. 2.2.11. Otros aspectos de la gestión.
- 3. LOS PROGRAMAS DE RACIONALIZACIÓN Y MEJORA DE LA GESTIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL. CONVENIOS DE COLABORACIÓN ENTRE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. BREVE RESEÑA. ■ 4. LAS REFORMAS DE 2022 PARA 2023 EN LA GESTIÓN Y CONTROL DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL. 4.1. Declaraciones médicas de baja y su confirmación. 4.2. Propuestas de alta médica formuladas por las mutuas en los procesos derivados de contingencias comunes. 4.3. TRAMITACIÓN DE LOS PARTES MÉDICOS Y EXPEDICIÓN DE ALTAS MÉDICAS POR EL INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL O DEL INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA. 4.4. Procesos de incapacidad temporal en curso y entrada en vigor de la reforma. 4.5. LA REFORMA DE LA ORDEN ESS/1187/2015, DE 15 DE JUNIO LLEVADA A CABO POR LA ORDEN ISM/2/2023, DE 11 DE ENERO. ■ 5. VALORACIONES O REFLEXIONES FINALES ■ 6. VALORACIONES O REFLEXIONES FINALES

## RESUMEN

La gestión y control de la incapacidad temporal en los primeros 365 días se encuentra normada en el RD 1060/2022, de 27 de diciembre y en la Orden ESS/1187/2015, que recientemente ha sido objeto de importantes reformas por el RD 1060/2022, 27 diciembre y por la Orden ISM/2/2023. El estudio partirá de un breve análisis de las situaciones previas a la reforma y de las novedades que esta comporta.

**PALABRAS CLAVE:** control y gestión, incapacidad temporal, reformas 2022.

## ABSTRACT

The management and control of temporary disability in the first 365 days is regulated in RD 1060/2022, of December 27 and in Order ESS/1187/2015, which has recently been subject to important reforms by RD 1060/ 2022, December 27 and by Order ISM/2/2023. The study will start from a brief analysis of the situations prior to the reform and the novelties that this entails.

**KEYWORDS:** control and management, temporary disability, reforms 2022.

## 1. INTRODUCCIÓN

Tras la celebración del Consejo de Ministros del martes 27 de diciembre de 2022, el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, hacía pública la siguiente nota de prensa:

*“El Gobierno agiliza trámites y elimina obligaciones burocráticas en la gestión de la Incapacidad Temporal.*

*-Supone un beneficio importante para ciudadanos, empresas y los facultativos de los Servicios Públicos de Salud.*

*-Se evita a los trabajadores tener que entregar en la empresa los partes médicos*

*-Mutuas, empresas y entidades gestoras e Instituto Nacional de la Seguridad Social tendrán la obligación de comunicarse telemáticamente”.<sup>1</sup>*

Habrà que esperar al jueves 5 de enero de 2023 para que el Boletín Oficial del Estado publique el Real Decreto 1060/2022, de 27 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración. Unos días después, viernes 13 de enero, se publicará la Orden ISM/2/2023, de 11 de enero por la que se modifica la Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio por la que se desarrolla el Real Decreto 625/2014, de 18 julio. Transcurridos quince días, sábado 28 de enero, se publicaría una corrección de errores a la Orden ISM/2/2023, de 11 de enero.

La reforma tiene prevista su entrada en vigor el día 1 de abril de 2023<sup>2</sup>.

El presente estudio tiene como objeto un análisis de urgencia de la reforma y las consecuencias que ella puede suponer. Para una adecuada comprensión de las novedades parece oportuno hacer un breve recordatorio previo de cuál es la situación actual en el control y gestión de la incapacidad temporal.

---

<sup>1</sup> En su desarrollo indicaba lo siguiente: “martes, 27 de diciembre de 2022. El Gobierno, a propuesta del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, ha aprobado cambios en el Real Decreto por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal (IT) en los primeros 365 días de su duración, con el fin de agilizar trámites y eliminar obligaciones burocráticas que prolongan innecesariamente los procesos, lo que supone un importante beneficio para empresas, trabajadores y para los propios facultativos de los Servicios Públicos de Salud.

Así, en lo relativo a los partes médicos de bajas y altas, solo se entregará una copia a la persona trabajadora; se elimina tanto la segunda copia, como la obligación de que sea la propia persona trabajadora quien que entregue esta copia en la empresa, entidad gestora o mutua. La comunicación entre las entidades emisoras y el INSS será telemática, evitando trámites que pueden resultar gravosos para personas que están en situación de incapacidad temporal y aprovechando las posibilidades de mejorar la eficacia y la eficiencia que brindan los avances en digitalización y tecnologías de la información.

Además, se aclara que, en los procesos de IT, los facultativos del Servicio Público de Salud, de la empresa colaboradora o de la mutua podrán fijar plazos de revisión médica inferiores a los señalados en el Real Decreto, en función de la evolución del proceso. Se trata así de evitar dudas interpretativas propiciadas por la redacción actual de la norma.”

<sup>2</sup> Disposición final única del RD 1060/2022, de 27 de diciembre.

## 2. EL CONTROL Y LA GESTIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL

### 2.1. Breve reseña de la situación anterior al RD 625/2014, de 18 de Julio<sup>3</sup>

#### 2.1.1. El diseño inicial y la reforma de 1972

El régimen jurídico de la incapacidad temporal —cuya denominación era Incapacidad Laboral Transitoria (ILT)— se encontraba en aquellas fechas en los arts. 126 a 133 del Decreto 907/1966, de 21 abril (LSS), que aprobó el texto articulado de la Ley 193/1963, de 21 diciembre, de Bases de la Seguridad Social; en los arts. 2 a 9 del Decreto 3158/1966, de 23 diciembre (RGP), que aprobó el Reglamento General que determina las cuantías de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones de derecho de las mismas; y en la Orden de 13 de octubre de 1967 (OILT)<sup>4</sup>. A destacar de esta primera regulación lo siguiente:

- A. Dentro de las situaciones determinantes de la incapacidad laboral transitoria quedaba comprendida la maternidad.
- B. El subsidio para contingencias comunes exigía una duración mínima de la situación de 7 días iniciando su percibo a partir del 4º, a razón del 75% de la base reguladora<sup>5</sup>.
- C. Su duración era de 18 meses prorrogables por otros 6 meses más. Transcurridos los mismos si el trabajador seguía temporalmente incapacitado accedía a la denominada invalidez provisional.
- D. La gestión y control era, aparentemente, sencilla y quedaba normada en los arts. 17 a 22 de la OILT. Básicamente operaba de la siguiente forma:

#### a. ILT por Enfermedad Común (EC) y Accidente Común (AC):

- El facultativo que atendiera al trabajador era el competente para expedir los partes “médico de baja”, “confirmación de la incapacidad” y de “alta médica”. Todos ellos debían de ir precedidos del correspondiente reconocimiento del trabajador por dicho facultativo.
- El parte de baja se extendía el mismo día en que se solicitara y se prestara asistencia.
- Los partes de confirmación se emitían así: el primero —que servía para iniciar el cómputo del subsidio— al cuarto día de la baja y los sucesivos por semanas.

3 Véase Rodríguez Iniesta, G., *El control de la incapacidad temporal*, Laborum, Murcia, 2014, págs.15-35.

4 La colaboración de las empresas se encontraba normada por la Orden de 25 noviembre de 1966 y por lo que respecta a la colaboración de las Mutuas –denominadas Mutuas Patronales– era de aplicación el Decreto 1563/1967, de 6 de julio.

5 Los tres primeros días eran abonados por el empresario a razón del 50% del salario del trabajador (art. 58 de la Ley de Contratos de Trabajo de 1944), si bien este beneficio no podía superar los cuatro días cada año.

En el parte de baja y en el de confirmación se debía indicar el diagnóstico, si era definitivo o provisional y en el ejemplar a entregar al trabajador se señalaba si debía de guardar o no reposo domiciliario.

- El parte médico de alta se expedía al producirse esta. Para el caso que a dicho momento el trabajador presentara reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas que disminuyeran o anularan su capacidad laboral, el facultativo elevaba el oportuno informe propuesta para su valoración.
- El incumplimiento por parte del facultativo de las obligaciones relativas a la expedición y tramitación con sujeción a los plazos señalados podían ser objeto de sanción conforme al Estatuto Jurídico del Personal Médico de la Seguridad Social<sup>6</sup> y el Reglamento General de Faltas y Sanciones de la Seguridad Social<sup>7</sup>.

### **b. ILT por Maternidad**

El facultativo que atendiera a la mujer trabajadora, podía extender los siguientes partes:

- De pronóstico de embarazo a los efectos recibir de la asistencia sanitaria.
- De pronóstico del parto, a fin de poder determinar el descanso previo al mismo.
- Notificación del parto, a efectos de iniciar el descanso obligatorio.

### **c. ILT por Accidente de Trabajo (AT) o por Enfermedad Profesional (EP)**

Para estas contingencias los aspectos formales se concretaban en:

- La expedición de un parte de asistencia sanitaria por accidente de trabajo.
- Si el accidente motivaba la baja, se extendía un parte de baja por triplicado que se entregaba uno al trabajador para su presentación en la empresa y dos ejemplares que se remitían a la entidad prestadora de la asistencia sanitaria, la cual a su vez remitía uno de ellos a la Mutuality Laboral o Mutua Patronal, según procediera.
- Semanalmente el facultativo que asistiera al trabajador accidentado extendía por duplicado parte de continuación de la incapacidad.
- Al producirse el alta médica también extendía por duplicado el oportuno parte.
- Si al momento del alta el trabajador presentara reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas que disminuyeran o anularan su capacidad laboral, el facultativo elevaba el oportuno informe propuesta para su valoración. Y lo mismo hacía si el trabajador presentaba lesiones o mutilaciones o deformidades de carácter definitivo no invalidantes.

Por otro lado, la presencia de una EP, produjera baja o no, generaba una serie de obligaciones de notificación que se encontraban normadas por el art. 22 de la OILT.

---

6 Decreto 3160/1966, 23 diciembre.

7 Decreto 892/1970, 12 septiembre.

### d) Facultades de control e inspección de los Servicios Sanitarios

El art. 17.7 de la OILT concedía amplias facultades a la Inspección de Servicios Sanitarios en orden a comprobar en cualquier momento la situación sanitaria del trabajador, pudiendo acordar en su caso la hospitalización y las altas y bajas que considerara oportunas.

La Ley 24/1972, de 21 junio y su desarrollo reglamentario llevado a cabo por el Decreto 1646/1972, de 23 junio y Orden de 31 julio de 1972, introducirán las siguientes modificaciones:

- Suprimirán la exigencia de una duración mínima del proceso de ILT por CC de 7 días.
- Fijará una nueva duración de la ILT: doce meses prorrogables por seis meses más.
- Y determinará que la prórroga de la situación de ILT, corresponderá a la Entidad Gestora o a la Mutua Patronal o empresa autorizada a colaborar voluntariamente. Decisión que será recurrible ante la Jurisdicción de Trabajo.

### 2.1.2. Comienza la preocupación por su control

Será a partir de 1980 cuando comienza una verdadera preocupación —que podría calificarse de obsesiva— por el control de la situación de la ILT, con continuas reformas en su régimen jurídico.

#### 2.1.2.1. Los controles vía recorte de la cuantía de la prestación

##### ■ El Real Decreto 53/1980, de 11 de enero

El objeto de este RD era muy claro, basta con leer su exposición de motivos para hacerse una idea:

*“Dentro de las distintas situaciones y contingencias comprendidas en la acción protectora de la Seguridad Social, la incapacidad laboral transitoria derivada de enfermedad común y accidente no laboral suscita una serie de problemas y circunstancias especiales, que han de solventarse de tal forma que, sin olvidar la finalidad específica de esta prestación, que es la de compensar en parte la pérdida de retribución en las situaciones derivadas de enfermedad o accidente, **corrija las importantes y graves desviaciones originadas por determinadas conductas, con la consiguiente repercusión en la economía nacional.***

*Por todo ello, se hace necesario adoptar las medidas oportunas para corregir las citadas conductas y reducir el actual nivel de absentismo, al mismo tiempo que se reordena la prestación por incapacidad laboral transitoria, manteniéndose la actual cuantía en aquellos procesos de incapacidad que, por su gravedad y, en consecuencia, por su mayor duración, se justifica una protección más intensa y reduciéndose en parte durante los primeros días de la baja debida a las citadas contingencias.”*

Por ello su artículo único dispondrá que: *“La cuantía de la prestación económica por incapacidad laboral transitoria derivada de enfermedad común o accidente no laboral a que se refiere el artículo segundo del Decreto tres mil ciento cincuenta y ocho/mil novecientos sesenta y seis, de*

*veintitrés de diciembre, será, durante el periodo comprendido entre el cuarto día a partir del de la baja en el trabajo ocasionada por la enfermedad o el accidente y hasta el veinteavo día, inclusive, de permanencia en tal situación, de un subsidio equivalente al sesenta por ciento de la base reguladora correspondiente.”*

### ■ *El control de las situaciones de Incapacidad Temporal/Desempleo/Incapacidad Temporal*

Con el fin de evitar situaciones de encadenamientos de situaciones de IT/Desempleo/IT artificiales, el art. 222 de la LGSS (texto refundido de 1994) será modificado sustancialmente por el art. 47 de la Ley 66/1997, de 30 diciembre y posteriormente por el art. 31.10 de la Ley 24/2001, de 27 diciembre, de tal suerte que la prestación de incapacidad temporal que pudiera corresponder en situaciones que se prolonguen más allá de la vigencia de la relación laboral tendrán un ajuste en su cuantía (a la que le correspondería de disfrutar de la prestación por desempleo) y en la duración de la prestación por desempleo, de tal suerte que la situación de IT que se extienda en el tiempo tras la extinción del contrato va “consumiendo” prestación por desempleo.

No obstante, la reforma introducida por la Ley 40/2007, de 4 diciembre, matizará estas limitaciones dando una nueva redacción al apartado 1 del art. 222 de la LGSS para el caso de que la IT previa provenga de contingencias profesionales en cuyo caso el trabajador “... seguirá percibiendo la prestación por incapacidad temporal, en cuantía igual a la que tuviera reconocida, hasta que se extinga dicha situación, pasando entonces, en su caso, a la situación legal de desempleo en el supuesto de que la extinción se haya producido por alguna de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 208, y a percibir, si reúne los requisitos necesarios, la correspondiente prestación por desempleo sin que, en este caso, proceda descontar del período de percepción de la misma el tiempo que hubiera permanecido en situación de incapacidad temporal tras la extinción del contrato, o el subsidio por desempleo.» .

Por el contrario, la posible concurrencia de situaciones de Desempleo/Maternidad o Paternidad/Desempleo no se verán afectadas ni en su cuantía, ni tampoco en su duración (art. 222.2 y 3 párrafo 3º de la LGSS)<sup>8</sup>.

### ■ *Los ajustes en las mejoras voluntarias de los empleados públicos<sup>9</sup>*

El Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad vino a modificar temporalmente el régimen retributivo del personal incluido en el Régimen General de la Seguridad Social durante la situación de incapacidad

8 Ver Ferrando García, F., “La reforma de la incapacidad temporal”, en AA.VV., *La reforma de la Seguridad Social (El Acuerdo de 13 de julio de 2006 y su ulterior desarrollo normativo)*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2007.

9 Ver Pérez Alonso, M.A., “Los complementos de incapacidad temporal en la Administración del Estado tras el RDL 20/2012”, *Revista Doctrina Aranzadi Social*, núm. 4, 2013.

temporal, estableciendo un mandato dirigido a las Administraciones Públicas para que adopten medidas para reducir el absentismo de su personal. A tal fin cada Administración Pública determinará, respecto del personal a su servicio, los complementos retributivos que en concepto de mejora voluntaria de la acción protectora de la Seguridad Social corresponda en las situaciones de incapacidad temporal. Así en para el caso de una incapacidad temporal por contingencias comunes, durante los tres primeros días, tanto para el personal funcionario incluido en el Régimen General de la Seguridad Social como para el personal laboral, el complemento retributivo que con carácter de mejora voluntaria se pueda establecer no podrá superar el cincuenta por ciento de las retribuciones. Asimismo, desde el cuarto día de la situación de incapacidad temporal por contingencias comunes y hasta el vigésimo, ambos inclusive, el complemento retributivo que con carácter de mejora voluntaria se pueda establecer no podrá superar el setenta y cinco por ciento de sus retribuciones<sup>10</sup>.

### *2.1.2.2. El control vía ajustes en la duración máxima de la Incapacidad Temporal*

La duración máxima de la Incapacidad Temporal ha sido objeto de continuos ajustes:

#### **A) La reforma introducida por la Ley 42/1994, de 30 diciembre**

El art. 32 de dicha ley modificará los arts. 38.1 c, 106.4, 128, 130, 131.2 y 3, 131bis y 132 de la LGSS. Básicamente las reformas en la ILT, por lo que aquí interesa, se concretaron en:

- Cambio de denominación, ahora la ILT pasará a denominarse Incapacidad Temporal (IT), desapareciendo la Invalidez Provisional, situación que no venía a ser otra cosa que una mera continuación de la ILT, cuya duración (sumada la ILT) podía llegar a los 6 años.
- La maternidad deja de ser una causa determinante de la IT y pasa a ser considerada una contingencia con autonomía propia.

#### **B) La reforma de la Ley 66/1997, de 30 diciembre**

El art. 45 de esta Ley modificará el apartado 3º del art. 131 bis con el fin de evitar que los efectos de una incapacidad permanente se retrotraigan a un momento en el que no conste la existencia de dolencias objetivas.

#### **C) La reforma de la Ley 30/2005, de 29 diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2006**

La Disposición adicional cuadragésima octava de la Ley 30/2005, introducirá importantes cambios en la duración de la IT:

- Una vez alcanzado los doce meses de duración ordinaria, intervendrá el INSS para determinar si procede la prórroga por seis meses más, para determinar el inicio de expediente de valoración de incapacidades o para emitir una alta médica a los exclusivos efectos de la prestación económica. Por otro lado, si la opción del INSS hubiera sido acordar el alta médica, este será el

<sup>10</sup> Exposición de motivos del Real Decreto Ley.

único competente para emitir una nueva baja médica en los seis meses anteriores por la misma o similar patología.

- Se introduce una situación denominada incapacidad permanente revisable en seis meses. Cuando se extingue la situación de IT por el transcurso del plazo máximo de doce o dieciocho meses, se examinará el estado del incapacitado en el plazo máximo de tres meses al efecto de su calificación. Si fuera necesario continuar con el tratamiento médico por no ser definitivas las secuelas o padecimientos, se valorará y calificará en la situación de incapacidad permanente que corresponda, declarando su situación revisable en el plazo de seis meses. Situación que como se adivinará era luego muy problemática.

### D) La reforma de la Ley 40/2007, 4 diciembre, de medidas específicas de Seguridad Social

Su artículo 1 introducirá importantes modificaciones en el apartado 1 del art. 128 LGSS:

- Desaparece la denominada alta médica a los exclusivos efectos de la prestación económica.
- Se regulará, por primera vez, una modalidad de impugnación de alta médica extendida por el INSS en el proceso de valoración iniciado cuando se hubiere agotado los doce meses de duración de la IT (y no se haya optado por la prórroga de la IT o el inicio de un expediente de valoración de incapacidades).
- Se introduce con carácter excepcional la posibilidad de retrasar la valoración del beneficiario una vez que hayan transcurrido los dieciocho meses, por el tiempo que se considere preciso y hasta los 24 meses desde que se inició la IT, cuando *“por la expectativa de recuperación o la mejora del estado del trabajador, con vistas a su reincorporación laboral, la situación clínica del interesado hiciera aconsejable demorar la citada calificación, ésta podrá retrasarse por el período preciso, que en ningún caso podrá rebasar los veinticuatro meses siguientes a la fecha en que se haya iniciado la incapacidad temporal.”*<sup>11</sup>

#### 2.1.2.3. El control limitando el acceso a la prestación

La Disposición adicional cuadragésima octava de la Ley 30/2005, introducirá importantes limitaciones en el acceso a la prestación de IT. Para el caso de que agotado el plazo de duración de doce o dieciocho meses y se haya cursado alta médica, el INSS será el único competente para determinar si una nueva baja médica tiene o no efectos económicos cuando para emitir cualquier baja médica que se produzca en un plazo de seis meses posterior a la antes citada alta médica por la misma o similar patología. Además en tal supuesto, sólo podrá generarse un nuevo proceso de incapacidad temporal por la misma o similar patología si media un período de actividad laboral superior a seis meses o si el Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de los órganos competentes para

<sup>11</sup> Nueva redacción al apartado 2 art. 131 bis LGSS.

Véase García Piñeiro, N.P., “La reforma en la prestación de incapacidad temporal”, en AA.VV. (Sempere Navarro, A.V., Dir. y Areta Martínez, M., Coord.), *La reforma de la Seguridad Social de 2007-2008*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008.

evaluar, calificar y revisar la situación de incapacidad permanente del trabajador, emite la baja a los exclusivos efectos de la prestación económica incapacidad temporal<sup>12</sup>.

### 2.1.2.4. El control actuando sobre las causas de extinción

La Ley 24/2001, 27 diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social<sup>13</sup>, modificará el art.131 bis de la LGSS introduciendo como causa de extinción la incomparecencia injustificada a las convocatorias de exámenes y reconocimientos establecidos por los médicos del INSS o de las Mutuas.

### 2.1.2.5. El control mediante la derivación de la gestión a entes colaboradores

Las dificultades en el control han llevado a que el legislador haya optado por derivar la competencia para asumir la gestión económica de la prestación de IT por contingencias comunes a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social<sup>14</sup>. Inicialmente de forma tímida con la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de reforma del régimen jurídico de la función pública y de la protección por desempleo, cuya disposición adicional undécima vendrá a establecer que: *“Los trabajadores por cuenta propia que hayan optado por incluir, dentro del ámbito de la acción protectora del Régimen de Seguridad Social correspondiente, la prestación económica por incapacidad laboral transitoria, podrán optar entre formalizar dicha prestación con la Entidad Gestora correspondiente, con una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades*

---

<sup>12</sup> Art. 128.1 a y apartado 2 del art. 131 bis LGSS. Téngase en cuenta que la decisión denegatoria del INSS no es discrecional y tiene que basarse en un elemento objetivo que permita justificar la denegación de una nueva situación de baja, extinguido el período anterior máximo, por la misma enfermedad y sin que hayan transcurrido seis meses, en este sentido véase STS núm. 349/2019, de 9 de mayo, ECLI:ES:TS:2019:1940, FD 2º. *“...Se pretende que, en esas circunstancias el parte médico de baja, no baste por sí sólo a efectos prestacionales —con independencia de los que despliegue en relación con la suspensión del contrato de trabajo—. Mas la atribución de competencia al INSS ni implica una declaración automática, ni puede tampoco ser discrecional. Por el contrario, esa facultad exclusiva exige a la Entidad Gestora analizar los elementos objetivados sobre el estado del trabajador que justifiquen la denegación de aquellos efectos económicos de la baja sin más justificación que la falta de actividad económica...”*

<sup>13</sup> La Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden, dará una. Se una nueva redacción al párrafo primero del apartado 1 del artículo 131 bis del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, en los siguientes términos:

*«1. El derecho al subsidio se extinguirá por el transcurso del plazo máximo establecido para la situación de incapacidad temporal de que se trate; por ser dado de alta médica el trabajador, con o sin declaración de incapacidad permanente; por haber sido reconocido al beneficiario el derecho al percibo de la pensión de jubilación; por la incomparecencia injustificada a cualquiera de las convocatorias para los exámenes y reconocimientos establecidos por los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social o a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social; o por fallecimiento.»*

<sup>14</sup> Sobre el papel de las Mutuas en la gestión de la incapacidad temporal véase:

-López Insua, B.M., *El control de la incapacidad temporal tras la reforma legislativa de las Mutuas colaboradoras de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 2015.

-Tortuero Plaza, J.L., “La reforma de la incapacidad temporal en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre”, en AA.VV. (Sempere Navarro, A.V., Dir.), *La reforma laboral del 2010*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

## EL CONTROL Y LA GESTIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL

*Profesionales de la Seguridad Social o con Mutualidades de Previsión Social en los términos y condiciones que se determinen reglamentariamente.* Para luego con la Ley 42/1994, de 30 diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social optar claramente por una cobertura de la IT por riesgos comunes a favor de las Mutuas de Accidente de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social tanto para trabajadores por cuenta ajena como por cuenta propia<sup>15</sup>. Con posterioridad la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social clarificará el régimen aplicable a la gestión de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes por las Mutuas, dando una nueva redacción al art. 68 y a la disposición adicional undécima de la LGSS<sup>16</sup>.

Por otro lado, también las empresas serían estimuladas para asumir la gestión de la cobertura de la IT por contingencias comunes, con la Ley 28/1992, de 24 de noviembre, de Medidas Presupuestarias Urgentes se modificará la redacción del art. 208 LGSS introduciendo una letra d) del siguiente tenor:

*“d) Asumiendo directamente el pago, a su cargo, de las prestaciones económicas por incapacidad laboral transitoria derivada de enfermedad común o accidente no laboral, en las condiciones que establezca el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.*

*Las Empresas que se acojan a esta forma de colaboración tendrán derecho a reducir la cuota a la Seguridad Social, mediante la aplicación del coeficiente que, a tal efecto, fije el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.”*

### 2.1.2.6. El control vía traslado de responsabilidades en la prestación económica

La Ley 28/1992, de 24 de noviembre, de Medidas Presupuestarias Urgentes, nos presentará una importante reforma de la IT de una forma muy singular y así se lee en su exposición de motivos lo siguiente “*En tercer lugar, se aborda una modificación de la prestación económica por incapacidad laboral*

<sup>15</sup> Ver el art. 35 de la Ley 42/1994, de 30 diciembre, que dará una nueva redacción a la Disposición adicional undécima de la LGSS, formalización de la cobertura de la prestación económica por incapacidad temporal.

<sup>16</sup> Se concreta en una nueva redacción al párrafo tercero y se añade un párrafo cuarto al apartado 3 del artículo 68 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en los siguientes términos:

«Dicha colaboración se llevará a cabo en los términos y condiciones establecidos en la disposición adicional undécima de esta ley y en el artículo 78 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social y demás normas reglamentarias de desarrollo.

*Las prestaciones, asistencias y servicios objeto de la colaboración forman parte de la acción protectora de la Seguridad Social y están sujetas al régimen establecido en esta ley y en sus normas de aplicación y desarrollo.»*

Y en lo que respecta a la disposición adicional undécima de la LGSS se incorpora un inciso final en el párrafo segundo del apartado 2 con la redacción siguiente:

«No obstante, los trabajadores que hayan solicitado o soliciten el alta en el correspondiente Régimen de Seguridad Social a partir de 1 de enero de 1998 y opten por acogerse a dicha cobertura, deberán formalizar la misma con una mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social. De igual modo, los trabajadores que en la fecha antes citada hubiesen optado por formalizar su cobertura con una mutua, sólo podrán modificar su opción a favor de otra mutua.»

transitoria, cambio que no implica una modificación del nivel de protección de los trabajadores, al tiempo que se establece una nueva modalidad de la colaboración voluntaria de las empresas en la gestión de la Seguridad Social, las cuales podrán efectuar esta colaboración respecto a dicha prestación económica, sin tener que colaborar en la asistencia sanitaria". Se modificará la redacción del art. 129.1 LGSS (texto de 1974) que pasará a tener la siguiente redacción del siguiente tenor:

*"El subsidio se abonará, en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional, desde el día siguiente al de la baja en el trabajo, estando a cargo del empresario el salario íntegro correspondiente al día de la baja.*

*En caso de enfermedad común o de accidente no laboral, el subsidio se abonará, respectivamente, a partir del decimosexto día de baja en el trabajo ocasionada por la enfermedad o el accidente, estando a cargo del empresario el abono de la prestación al trabajador desde los días cuarto al decimoquinto de baja, ambos inclusive."*

Como se puede apreciar la reforma tuvo un gran calado ya que se derivó una responsabilidad de 11 días de subsidio que anteriormente asumía —en general— el ente gestor INSS a las empresas. La reforma no sería aceptada de buen grado por sus destinatarios finales que llevarían su discrepancia —vía cuestión de inconstitucionalidad— al Tribunal Constitucional que finalmente se pronunciaría en sentencia 129/1994, de 5 de mayo en el siguiente sentido (FD único, párrafos segundo y tercero):

*"La duda de constitucionalidad planteada gira en torno a la idea de que la reforma privatiza el régimen de la prestación por invalidez laboral transitoria, al desplazar sobre un sujeto privado la obligación de pago de la prestación durante los primeros quince días de la situación. El planteamiento de la cuestión coincide sustancialmente con el objeto y la argumentación de las cuestiones de inconstitucionalidad 343/93 y acumuladas que han sido resueltas por la STC 37/1994. En dicha Sentencia este Tribunal ha considerado compatible el precepto cuestionado con el art. 41 C.E., fundamentalmente porque el carácter público del sistema de Seguridad Social no queda cuestionado por la incidencia en él de fórmulas de gestión o responsabilidad privadas, de importancia relativa en el conjunto de gestión de aquél, ya que la reforma experimentada por el art. 129.1 L.G.S.S. no altera el papel predominante y el compromiso de los poderes públicos en su labor articuladora de la tutela frente a la contingencia de la incapacidad laboral para el trabajo (fundamento jurídico 4.), y además porque trata de evitar la reducción del nivel de protección económica ante esta contingencia, mediante un desplazamiento de responsabilidad que no es incongruente con el régimen de la referida prestación valorada en su conjunto (fundamento jurídico 5.)."*

### **2.1.2.7. El control mediante la reserva de calificación de la contingencia determinante de la situación de la Incapacidad Temporal**

La determinación de la contingencia causante constituye un aspecto fundamental en materia de prestaciones de la Seguridad Social, por las consecuencias que de la misma se derivan sobre el acceso, contenido y régimen de gestión de la protección dispensada. En el ámbito de la IT cobra especial

significado y de aquí que el art. 3 letra f) del RD 1300/1995, de 21 de julio, haga residir tal competencia dentro de las funciones propias de los Equipos de Valoración de Incapacidades (así como la procedencia o no de la prórroga de la IT).

En la gestión de la IT por contingencias comunes surgen en ocasiones dificultades a la hora de identificar el origen de una patología, así como la posible derivación indebida de situaciones de origen laboral a los servicios públicos de salud, con la calificación de la IT como derivada de contingencias comunes. De aquí que el cuadro de enfermedades profesionales aprobado por RD 1299/2006, de 10 de noviembre, recogiera en su art. 5 un mandato dirigido a los médicos del Sistema Nacional de Salud para que cuando con ocasión de sus actuaciones tengan conocimiento de la existencia de una enfermedad profesional (tanto de las incluidas en el anexo I, como las del anexo II), lo comuniquen, a través del órgano competente de la Comunidad Autónoma, a la entidad gestora a efectos de su calificación y en su caso a la entidad colaboradora de la Seguridad Social que asuma la protección de los riesgos profesionales y a los facultativos del servicio de prevención en su caso. El problema surge cuando hay discrepancia entre el origen común o profesional y la Mutua no acepta el carácter profesional de la situación de IT y remite a la atención y protección a los servicios públicos de salud. Para evitar estas situaciones la Secretaria de Estado para la Seguridad Social dictó la Resolución de 19 septiembre de 2007, por la que las Mutuas deben remitir al INSS todos aquellos expedientes tramitados por ellas en materia de prestaciones de incapacidad temporal y muerte y supervivencia que hayan resuelto sin considerar como enfermedad profesional a la contingencia causante, en aquellos casos en que puedan haber indicios de ello<sup>17</sup>. Control en la determinación de la contingencia que alcanza tanto a la EP como al AT respecto a las contingencias comunes. Por otro lado, también debe recordarse que se permite la iniciativa del propio trabajador interesado a través del procedimiento normado en el RD 1430/2009, 11 de septiembre, en impugnación de alta médica acordada por la Mutua.

### *2.1.2.8. El control mediante la asunción progresiva de facultades por el INSS*

Si bien inicialmente la intervención del INSS en la gestión y control en la incapacidad temporal era puramente testimonial, limitándose a asumir la responsabilidad económica de la prestación inherente a tal situación, poco a poco irá asumiendo relevantes competencias en orden a la gestión y control. Y así el RD 1300/1995, de 21 julio, otorgará a los Equipos de Valoración de Incapacidades, dependientes del INSS, la competencia para determinar la prórroga de la incapacidad temporal y la relativa al período de observación médica en las enfermedades profesionales (así como la reseñada en el apartado anterior 1.2.7). Por su parte el RD 575/1997, de 18 abril, introducirá la posibilidad: a) de que los facultativos adscritos al INSS puedan formular intenciones de altas médicas dirigidas a la Inspección Médica u organismo similar del Servicio Público de Salud; b) de realizar actos de comprobación

<sup>17</sup> Se consideran indicios en este sentido: la existencia en el expediente de partes emitidos por la mutua en los que se haya consignado la existencia de patologías laborales, informes de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de los Servicios de Prevención, médicos de empresa, etc.

de la incapacidad del trabajador; y c) de formular altas médicas a los solo efectos económicos<sup>18</sup>. Posibilidad esta última que suponía una desprotección del trabajador absurda, ya que se traducía en que el trabajador continuaba en baja laboral (ya que era el criterio del médico de asistencia primaria) pero se le desposeía del subsidio por decisión del INSS.

Estas nuevas facultades otorgadas al INSS culminarán con dos reformas de gran calado. La primera será posibilidad de controlar efectivamente la situación de incapacidad temporal a partir del día 365 de la baja, que como se ha señalado se concreta en que llegado ese día tendrá la facultad de: acordar la prórroga de la IT por seis meses más, iniciar los trámites para una valoración de secuelas o dolencias y poder acordar el alta médica<sup>19</sup>. Reservándose además el control de una posible recaída<sup>20</sup>. Y la segunda con la facultad de intervenir en los primeros 365 días, pudiendo acordar el alta médica tras la reforma introducida por la Ley 35/2010, 17 septiembre, que introducirá una nueva disposición adicional en la LGSS, la quincuagésima, con el siguiente contenido:

*“Competencias sobre los procesos de Incapacidad Temporal. Hasta el cumplimiento de la duración máxima de trescientos sesenta y cinco días de los procesos de incapacidad temporal del Sistema de la Seguridad Social, el Instituto Nacional de la Seguridad Social, y, en su caso, el Instituto Social de la Marina, a través de los Inspectores Médicos adscritos a dichas entidades, ejercerán las mismas competencias que la Inspección de Servicios Sanitarios de la Seguridad Social u órgano equivalente del respectivo Servicio Público de Salud, para emitir un alta médica a todos los efectos. Cuando el alta haya sido expedida por el Instituto Nacional de la Seguridad Social o el Instituto Social de la Marina, éstos serán los únicos competentes, a través de sus propios médicos, para emitir una nueva baja médica en la situación de incapacidad temporal si aquélla se produce en un plazo de ciento ochenta días siguientes a la citada alta médica por la misma o similar patología.*

*La Secretaría de Estado de la Seguridad Social, a propuesta del Instituto Nacional de la Seguridad Social, y mediante resolución publicada en el Boletín Oficial del Estado, determinará la fecha a partir de la cual se asumirán las funciones atribuidas en el párrafo anterior.”*

### 2.1.2.9. Otros controles

En los precedentes apartados se ha hecho un breve recorrido acerca de las diversas medidas que directamente afectan al régimen jurídico de la prestación de IT, unas veces sobre los sujetos obligados y responsables, las condiciones de acceso, la cuantía, la dinámica de la prestación (nacimiento, duración y extinción), el legislador no se ha quedado aquí sino que indirectamente ha ido introduciendo

<sup>18</sup> Posibilidad introducida por el art. Único del RD. 1117/1998, de 5 de junio.

<sup>19</sup> En los supuestos de alta médica por mejoría o curación al agotamiento de los primeros 365 días de IT, la situación se prorroga hasta el momento de la efectiva notificación de la resolución administrativa al interesado (Criterio Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica INSS de 27 de noviembre de 2015, consulta 35/2015).

<sup>20</sup> Véase la DA. 48. dos Ley 30/1995, 29 diciembre, DF. 4ª Ley 40/2007, 4 diciembre y RD 1430/2009, de 11 septiembre.

## EL CONTROL Y LA GESTIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL

diversas reformas que en cierta forma pueden interpretarse como un medio de control indirecto en la situación de IT. Aunque su análisis detenido se hará más adelante es oportuno hacer referencia a ellas aquí. Entre tales medidas que vienen a suponer un control de la IT podrían señalarse las siguientes:

- En los contratos formativos (art. 15.2 RD 488/1998, 27 de marzo) es de destacar la modificación de la DA. 19ª ET, incorporada por el RD-ley 3/2012, sobre incidencia en la duración en dichos contratos de situaciones de IT.
- Las obligaciones recíprocas de suministro de información entre entidades gestoras y colaboradoras a las entidades gestoras de las prestaciones de la Seguridad Social (art. 66 bis LGSS y DA. 40 LGSS)<sup>21</sup>, o la posibilidad que tiene la Inspección Médica de los Servicios de Salud de solicitar la remisión de datos médicos que obren en poder de las entidades gestoras de la Seguridad Social (DA. 40 LGSS). Incluso estableciendo una presunción de que se ha otorgado el consentimiento por parte de los interesados o sus representantes para obtener de las instituciones sanitarias de informes y documentación clínica y demás datos médicos estrictamente relacionados con las lesiones y dolencias padecidas que resulten relevantes para la resolución del proceso de IT, salvo que conste oposición expresa (DA. 40 párrafo 1º LGSS).
- Las facultades atribuidas a las MATEPSS (hoy Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social) de intervenir en los procesos de incapacidad temporal por contingencias profesionales realizando pruebas diagnósticas, tratamientos y procesos de recuperación funcional dirigidos a evitar la prolongación innecesaria de los procesos de incapacidad temporal (DA. 51ª LGSS).
- La facultad otorgada a las empresas de controlar el estado de salud de sus trabajadores a efectos de asistencia a trabajo (art. 20.4 ET).
- Los convenios de colaboración entre el INSS y las CC. AA. La Ley 42/1994, modificó la disposición adicional undécima de la LGSS e introdujo un apartado 3 con la siguiente redacción:

*“Las disposiciones reglamentarias a que se refieren los números anteriores establecerán, con respeto pleno a las competencias del sistema público en el control sanitario de las altas y las bajas, los instrumentos de gestión y control necesarios para una actuación eficaz en la gestión de la prestación económica por incapacidad temporal llevada a cabo tanto por las entidades gestoras como por las Mutuas. **De igual modo, las entidades gestoras o las Mutuas podrán establecer acuerdos de colaboración con el Instituto Nacional de la Salud o los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas.**”*

Desde finales de 2005 es constante la suscripción de convenios bien con Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social<sup>22</sup> o con las CC.AA. con el objeto de controlar los procesos de IT de determinadas patologías<sup>23</sup>, de procesos de IT de corta duración, etc.

21 Introducido por la disposición final 32 de la Ley 26/2009, de 23 diciembre. Véase el apartado 3.2 infra.

22 [Convenio Marco de 15 de Diciembre de 2005](#), entre el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y la Asociación de Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social (AMAT), para la emisión de informes y práctica de pruebas médicas y exploraciones complementarias para la valoración, revisión y calificación de las incapacidades laborales.

23 Por ejemplo: la Resolución de 15 de marzo de 2006, de la Secretaría General Técnica por la que se publica el Convenio de colaboración entre el Ministerio de

## EL CONTROL Y LA GESTIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL

- La elaboración de guías de tiempos estándar y tiempos óptimos en los procesos de IT, a los que se comprometen en su uso orientativo los servicios públicos de salud dentro del marco de esos convenios de colaboración.
- Fomentando la colaboración empresarial vía: reducciones en las aportaciones empresariales por traslados de puesto de un trabajador con enfermedad profesional a puestos compatibles<sup>24</sup>; o reducción de cotizaciones por contingencias profesionales en el denominado sistema “bonus”<sup>25</sup>.
- Mediante la introducción en el sistema de Seguridad Social de nuevas contingencias que eviten el uso indebido de procesos de IT ante situaciones que no son constitutivas de IT pero cuyo uso alternativo era bastante común: las situaciones de riesgo durante el embarazo<sup>26</sup>, riesgo durante la lactancia<sup>27</sup> y cuidado de hijo enfermo menor de cáncer u otra enfermedad grave<sup>28</sup>.
- Facilitando al empresario la toma de decisiones extintivas de la relación laboral. Es el caso de la nueva regulación de absentismo laboral llevada a cabo por la Ley 35/2010, 17 septiembre cuya Disposición adicional vigésima modificará el art. 52 del ET en los siguientes términos: «d) Por faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20 % de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, o el 25 % en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses, siempre que el índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo supere el 2,5 % en los mismos periodos de tiempo. No se computarán como faltas de asistencia, a los efectos del párrafo anterior, las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, licencias y vacaciones, enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de Salud, según proceda.». O bien la calificación de despido en situación de IT como improcedente y no nulo<sup>29</sup>. Hoy ya superada por la supresión de dicha letra de d) del ET por el

---

Trabajo y Seguridad Social y la Comunidad Autónoma de Extremadura, por el que se acuerda ejecutar un programa piloto sobre los procesos de incapacidad temporal derivados de ciertas patologías. (B.O.E. del día 12); o con carácter general de control de la IT como la Resolución de 8 de septiembre de 2006, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre el INSS y la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares para el control de la IT (BOE del día 28); Resolución de 28 de noviembre de 2006, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio INSS y Comunidad de Madrid para el desarrollo de actuaciones para la modernización y mejora de la gestión y control de la incapacidad temporal y la racionalización del gasto de la prestación (BOE del 16).

24 Real Decreto 1430/2009, 11 septiembre.

25 Ver art. 73.4 LGSS y Real Decreto 404/2010, 31 de marzo.

26 LO 39/1999, de 5 noviembre.

27 LO 3/2007, de 22 marzo.

28 Ley 39/2010, de 22 diciembre.

29 STS 22 noviembre de 2007.

artículo único del RD-ley 4/2020, de 18 de enero y artículo único de la Ley 1/2020, de 15 de julio y por las consecuencias que se derivan de la Ley 15/2022, de 12 julio<sup>30</sup>.

## 2.2. El modelo de gestión y control establecido por el RD 625/2014, de 27 de diciembre<sup>31</sup>

### 2.2.1. Objetivos

La exposición de motivos del RD 625/2014 señala como objetivos del mismo:

- a. Simplificar la gestión adaptando la expedición de los partes de médicos de baja/alta al tipo de patología.
- b. Fijación de unos protocolos de temporalidad en los partes de confirmación.
- c. Liberar al trabajador del parte de confirmación semanal.
- d. No condicionar al médico a llevar un seguimiento semanal.
- e. Incrementar mecanismos de control y seguimiento para luchar contra el absentismo injustificado y prácticas abusivas.
- f. Potenciar mecanismos de colaboración y posibilidades de control INSS y Mutuas.
- g. Una adaptación a la era de las comunicaciones vía electrónica.

---

30 Véase: Esteban Lejarreta, R., "El papel actual de la verificación empresarial de la enfermedad o accidente del art. 20.4 ET: Sentido y alcance del precepto tras las amplias reformas introducidas en el control de la incapacidad temporal", en AA. VV., *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Laborum, Murcia, 2017.

Monereo Pérez, J.L., *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales. Estudio Técnico y Jurídico-Crítico de su régimen jurídico*, Bomarzo, Albacete, 2017.

31 Véase: Panizo Robles, J.A., "De nuevo el control de la IT: Apuntes sobre el RD 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control en los procesos de incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración", *Revista Información Laboral*, núm. 7, 2014; Fernández Orrico, F.J., "Gestión y Control de la incapacidad temporal tras el RD 625/2014, de 18 julio", *REDT*, núm. 168, 2014.

Sobre los efectos de las reformas introducidas por el RD-ley 28/2018, de 28 de diciembre, véase: Monereo Pérez, J. L. y Rodríguez Iniesta, G., "La trascendencia jurídico-social de las innovaciones establecidas por el RD-ley 28/2018, de 28 de diciembre, en la rama de pensiones y otras materias: una primera aproximación", en AA.VV. (Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G., Dirs.), *Las reformas laborales y de Seguridad Social para 2019. Estudio sistemático del RD-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo*, Ediciones Laborum, Murcia, 2019; y López Insua, B.M., "Modificaciones en la prestación de incapacidad temporal e incapacidad permanente: Panorama general", en AA.VV. (Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G., Dirs.), *Las reformas laborales y de Seguridad Social para 2019. Estudio sistemático del RD-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo*, Ediciones Laborum, Murcia, 2019.

Dicho RD 625/2014, estructura en diez artículos<sup>32</sup>; 4 disposiciones adicionales<sup>33</sup>; 2 disposiciones transitorias<sup>34</sup>, una disposición derogatoria<sup>35</sup>; y 8 disposiciones finales<sup>36</sup>.

### 2.2.2. Su ámbito<sup>37</sup>

Comprende todos los procesos de incapacidad temporal por contingencias comunes y profesionales, desde el día 1 al 365 de la baja. Alcanza a todos los trabajadores por cuenta ajena o propia de cualquiera de los regímenes que integran el sistema, salvo aquellos que comprenden a los funcionarios públicos.

### 2.2.3. Sobre las declaraciones médicas de baja y de confirmación de los procesos de incapacidad temporal<sup>38</sup>

Todo parte médico de baja debe ir precedido de un reconocimiento médico del trabajador que permita la determinación objetiva de la incapacidad temporal para el trabajo habitual.

La duración de los procesos de incapacidad temporal se vincula expresamente con la ocupación del trabajador a través de protocolos de temporalidad, que se materializan en tablas de duración media óptima según diagnóstico, ocupación y edad del trabajador<sup>39</sup>. Antes se utilizaban —con carácter orientativo— tablas de duración estándar por patologías.

---

32 Art. 1: Ámbito de Aplicación; Art. 2: Declaraciones médicas de baja y de confirmación de la baja en los procesos de IT; Art. 3: Normas relativas a la determinación de la contingencia causante de la incapacidad temporal; Art. 4: Informes complementarios y de control; Art. 5: Declaraciones médicas de alta en los procesos de IT; Art. 6: Propuestas de alta médica formuladas por las mutuas en los procesos derivados de CC; Art. 7: Tramitación de los partes médicos y expedición de altas médicas por el INSS o el ISM; Art. 8: Seguimiento y control de la prestación económica y de las situaciones de IT; Art. 9: Requerimientos a los trabajadores para reconocimiento médico; y Art. 10: Cooperación y coordinación.

33 Relativas a: remisión de datos por las MUTUAS, facultativos e inspectores del ISM, adaptación de los sistemas informáticos de las MUTUAS, la referencia a SPS se extiende al INGS

34 Sobre: Su entrada en vigor que se fija el 1 de septiembre con carácter general; singularidades: nuevos partes médicos y plazos de tramitación de propuestas de alta.

35 Deroga expresamente el RD 575/1997, de 18 de abril y O. 19-6-1997.

36 Modifican: RD 1993/1995, 7 diciembre. Reglamento sobre colaboración de las MATEPSS de la Seguridad Social; RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad; RD 1430/2009, de 11 de septiembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en relación con la prestación de IT; RD 1630/2011, de 14 noviembre, que regula la prestación de servicios sanitarios y recuperadores de las Mutuas.

37 Art.1.

38 Art. 2. Téngase en cuenta que el apartado 3 de este artículo ha sido modificado por el art. único 1 del RD 1060/2022)

39 Actualmente se utiliza un Manual de Tipos Óptimos de Incapacidad Temporal (4ª Edición) en el que ha añadido como factores nuevos de corrección el sexo y la comorbilidad. El manual está accesible en <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Conocenos/Publicaciones/28156/47075/62e20eb4-bd64-47cb-a4ac-b55b39428d9f>

El sistema de partes médicos está basado en cuatro grupos de procesos de incapacidad temporal derivados de cualquier contingencia (a diferencia del sistema anterior que le daba un tratamiento distinto) según la duración:

- Procesos de duración estimada muy corta: inferior a 5 días naturales.
- Procesos de duración estimada corta: de 5 a 30 días naturales.
- Procesos de duración estimada media: de 31 a 60 días naturales.
- Procesos de duración estimada larga: de 61 o más días naturales.

Es el facultativo que emite el parte de baja el que determinará al inicio del proceso la duración estimada, sin perjuicio de que en un momento posterior pueda modificarlo.

Si el proceso se estima de duración:

- a. Muy corta se emitirá el parte de baja y el de alta de forma conjunta en un mismo documento.
- b. Duración estimada entre 5 y 30 días naturales, el primer parte de confirmación se emitirá como máximo a los 7 días naturales tras el parte de baja, salvo que se extienda parte de alta y los sucesivos, en el plazo máximo de 14 días desde el parte anterior.
- c. Duración estimada entre 31 y 60 días naturales, el primer parte de confirmación se emitirá como máximo a 7 días naturales tras el parte de baja, salvo que se extienda parte de alta; los sucesivos, en el plazo máximo de 28 días desde el parte anterior.
- d. Duración estimada  $\geq$  61 días naturales, el primer parte de confirmación se emitirá como máximo a los 14 días naturales tras el parte de baja; los sucesivos, en el plazo máximo de 35 días naturales a contar desde el parte anterior.

Será necesario incluir: los datos personales, fecha de la baja, contingencia, código de diagnóstico: código nacional de ocupación, duración probable proceso, si se trata de una recaída y la fecha del próximo reconocimiento.

### 2.2.4 La determinación de la contingencia causante de la incapacidad temporal<sup>40</sup>

Las particularidades más significativas que ofrece el proceso de determinación de la contingencia son las siguientes:

#### A) Inicio del procedimiento

Puede ser a) De oficio por el INSS, Inspección de Trabajo y Seguridad Social, del Servicio Público de Salud o del ISM; b) Del trabajador; c) de la Mutua; y d) Empresa colaboradora.

<sup>40</sup> Art. 3.

Sobre la competencia del INSS para la determinación de la contingencia véase STS 15 noviembre de 2006, rec. 2027/2005.

### B) Rechazo de la contingencia o revisión instada por la Mutua

Si la Mutua ha expedido el parte de baja por contingencias profesionales podrá instar la revisión de la consideración inicial al INSS, siguiendo el procedimiento normado para ello en el RD 1430/2009.

Si el facultativo de la mutua (o empresa colaboradora) entiende, previo reconocimiento médico que es preceptivo y pruebas que corresponda que la patología causante es de carácter común remitirá al trabajador al servicio público que corresponda, sin perjuicio de prestarle la asistencia que precise en caso de urgencia o riesgo vital, entregándole informe médico (que deberán de contener diagnóstico, pruebas realizadas y tratamiento y motivos por los que se entiende que no es contingencia profesional. Su decisión podrá ser cuestionada por el trabajador ante el INSS por los cauces previstos en el art. 6 del RD 1430/2009. También el facultativo que emita el parte de baja podrá mostrar su discrepancia con la calificación de común del proceso de IT que se sustanciará conforme art. 6 del RD 1430/2009, mientras tanto el parte de baja producirá plenos efectos.

### 2.2.5. Declaraciones médicas de alta en los procesos de incapacidad temporal<sup>41</sup>

Se parte de la necesidad de reconocimiento médico previo por el facultativo del servicio público de salud o del inspector médico del servicio público de salud, del INSS o ISM. El alta médica extingue el proceso de IT con efectos laborales desde el día siguiente al de su emisión, sin perjuicio de que se siga prestando la asistencia sanitaria. El parte médico de alta debe contener la causa, el código de diagnóstico definitivo y la fecha de la baja inicial.

### 2.2.6. Informes complementarios y de control<sup>42</sup>

Se trata de los informes médicos complementarios a emitir por los médicos de atención primaria o de los informes de control a cumplimentar por la Inspección médica. Los aspectos más relevantes son:

- a. Informes médicos complementarios. Su expedición dependerá de la duración médica prevista de la baja, se suprimen para las bajas con duración igual o inferior a 30 días.
- b. Informes de control. Cabe la posibilidad de que sean expedidos por el médico de atención primaria bajo la supervisión de la Inspección médica.
- c. Contenido y acceso: En ellos se deben de recoger las dolencias, tratamiento prescrito, pruebas médicas realizadas, Evolución dolencias, Incidencia sobre la capacidad funcional. Estos informes junto con las pruebas médicas que se vayan realizando estará a disposición de los inspectores médicos del INSS/ISM en el plazo de 5 días hábiles a su emisión.

---

<sup>41</sup> Art. 5.

<sup>42</sup> Art. 4.

- d. Acceso a su contenido: tienen acceso a ellos los inspectores médicos del INSS, ISM y médicos de Mutua (se consideran dichos informes como parte del proceso de IT)<sup>43</sup>.
- e. Actualización: El informe complementario se actualiza cada dos nuevos partes de confirmación.
- f. Periodicidad de los informes de control: trimestral

### 2.2.7. Tramitación<sup>44</sup>

La tramitación se caracteriza por el envío por vía telemática al INSS por parte del Servicio Público de Salud y las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social de los datos personales del trabajador, etc. El INSS centraliza los datos de todos los procesos de incapacidad temporal que remite a Mutuas y al Instituto Social de la Marina para sus trabajadores protegidos.

Se llevará a cabo desde el Servicio Público de Salud o Mutua al INSS de forma telemática e inmediata (en todo caso el día hábil siguiente) y en modelo que permita su gestión informatizada. Los modelos aprobados incluyen además un código identificativo del Centro de Salud emisor.

Como se puede apreciar se trata de un sistema flexible (frente al anterior que era rígido). Lo que puede dar lugar a errores y controversias como si es necesario o no agotar los plazos máximos (sobre lo que más adelante se volverá). Los partes de confirmación tendrán la misma periodicidad con independencia de la contingencia de la que provenga la baja. La fecha de la próxima revisión médica se fija en el parte de baja o confirmación. Si hay alguna modificación o actualización del diagnóstico, se emitirá un parte de confirmación con la duración estimada ahora del proceso y el siguiente parte estará en función de la nueva duración de la baja. El parte de alta se expide en el momento en el que el médico del SPS/Mutua considere oportuno. Y en los procesos de muy corta duración: la fecha de la baja y el alta puede ser la misma (las bajas de un solo día).

### 2.2.8. Propuestas de alta médica impulsadas por las Mutuas<sup>45</sup>

Las propuestas de alta médica formuladas por las Mutuas se articulan —en síntesis— de la siguiente forma:

- *Entidad que efectúa la propuesta.* La Mutua, a través de sus servicios médicos, comunicándolo al trabajador afectado.
- *Órgano ante quien se formula:* Ante la Inspección médica de los Servicios de Salud, quien la han de remitir a los facultativos o servicios médicos que corresponda la emisión del parte de alta.

<sup>43</sup> El art. 43 párrafo segundo, limita el acceso a la documentación clínica de atención primaria y especializada de conformidad con la DA. 40 LGSS a los médicos inspectores del Servicio Público de Salud, a los Inspectores Médicos del INSS o del ISM, que tendrán acceso preferentemente via telemática.

<sup>44</sup> Art. 7. Téngase en cuenta que este artículo tiene una nueva redacción dada por el art. único 3 del RD 1060/2022.

<sup>45</sup> Art. 6. Téngase en cuenta que el apartado 3 de dicho artículo ha sido objeto de modificación por el art. único. 2 del RD 1060/2022. Ver. Apartado 3 de este estudio.

## EL CONTROL Y LA GESTIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL

- *Días para pronunciarse:* Cinco días hábiles<sup>46</sup> contados desde la fecha en que la propuesta haya tenido entrada en la Inspección médica.
- *Resolución:* confirmación motivada de la baja o expedición del alta médica.
- *Falta de contestación en plazo por el facultativo médico:* La inspección médica puede acordar el alta.
- *Plazo para comunicar la confirmación de la baja:* Cinco días hábiles<sup>47</sup> desde la recepción de la propuesta en la inspección médica.
- *Consecuencias de no contestar en plazo:* transcurrido el plazo la Mutua puede instar ante la inspección médica del INSS o ISM el alta (antes cabía la reiteración ante el servicio público de salud o plantear una iniciativa de alta ante los servicios médicos del INSS).
- *Plazo del INSS para contestar a la solicitud de alta formulada por la Mutua:* cuatro días hábiles contados desde la recepción de la solicitud<sup>48</sup>.

### 2.2.9. Requerimientos a los trabajadores para reconocimiento médico<sup>49</sup>

En relación con los requerimientos a los trabajadores que se encuentren en situación de incapacidad temporal, estos presentan las siguientes singularidades:

- *Competencia:* El INSS o ISM a través de sus inspectores médicos y las Mutuas respecto a la IT por contingencias comunes a través de sus servicios médicos.
- *Citaciones a reconocimientos médicos:* Se comunicarán al trabajador con una antelación mínima de 4 días hábiles, con información sobre la posible suspensión cautelar de la prestación económica en caso de incomparecencia, y la advertencia de que si no se justifica en el plazo de 10 días hábiles, siguientes a la fecha fijada para el reconocimiento, se procederá a la extinción del derecho al subsidio.
- *Consecuencias de la incomparecencia:* Si la citación ha sido formulada por Entidad Gestora esta dictará resolución que será comunicada inmediatamente al interesado, acordando la suspensión cautelar de la prestación desde el día siguiente al que se hubiere señalado para la citación. Se le comunicará que tiene diez días para justificar la incomparecencia. Si la citación fue por una Mutua esta acordará la suspensión cautelar del subsidio desde el día siguiente a la citación, se le comunicará inmediatamente al interesado, indicándole que dispone de diez días para justificar la incomparecencia<sup>50</sup>.

---

46 Con anterioridad al RD 625/2014 era de diez días.

47 Con anterioridad al RD 625/2014, era de quince días.

48 Con anterioridad al RD 625/2014 no había un plazo expreso.

49 Art. 10.

50 Sobre los efectos de la falta de comparecencia y su justificación o no, véase: STS núm. 473/2021, 4 de mayo, ECLI:ES:TS:2021:1824, sobre los requisitos formales a cumplir por el INSS en la citación a reconocimiento " ... el INSS, de conformidad con lo establecido en el artículo 129 de la LGSS, para la tramitación de las

La suspensión por Entidad Gestora o Mutua se comunicará vía telemática a TGSS y empresa.

- *Justificación de la incomparecencia:* Se entiende justificada: a) Cuando el trabajador aporte informe médico del SPS que le dispense la asistencia sanitaria, señalando que la personación era desaconsejable por la situación clínica del paciente; b) Cuando la cita de hubiera realizado con plazo previo inferior a 4 días hábiles; y c) Cuando el beneficiario acredite la imposibilidad de su asistencia por otra causa suficiente.
- *Resolución:* si se ha justificado se emitirá resolución o acuerdo dejando sin efecto la suspensión por la Entidad gestora o Mutua. Lo que se realizará en el plazo de 15 días hábiles pagando directamente al trabajador el subsidio, notificándose a la empresa y TGSS, indicándose la fecha a partir de la cual se reanuda el pago delegado por la empresa
- *No se justifica la incomparecencia:* Transcurridos los 10 días para justificar la incomparecencia el INSS/ISM o la Mutua dictarán resolución o acuerdo declarando la extinción del derecho a la prestación, que se notificará al interesado, al SPS, a la empresa y a la TGSS, pudiendo los inspectores de las Entidades gestoras expedir alta médica.

### 2.2.10. Seguimiento y control de la prestación económica y de las situaciones de incapacidad temporal<sup>51</sup>

El seguimiento y control de los procesos de incapacidad temporal se puede llevar a cabo a partir del momento en que se expida el parte médico de la baja. Son entidades y órganos competentes para ello:

- Los inspectores médicos tanto del SPS, como los del INSS/ISM y los facultativos de las Mutuas respecto a los informes médicos, pruebas y diagnósticos para ejercitar sus funciones.
- Los inspectores médicos del INSS/ISM para el ejercicio de sus competencias tendrán acceso por vía preferentemente telemática a la documentación clínica de atención primaria y especializada, así como a la documentación clínica de contingencias profesionales que tengan las Mutuas (acceso a la historia clínica).

---

*prestaciones que no tengan carácter sancionatorio o recaudador, ha de ajustarse a lo dispuesto en la Ley 30/1992, por lo que al resultar infructuosos los dos intentos de notificación por correo certificado con acuse de recibo - citando para reconocimiento médico- enviados a la beneficiaria, de conformidad con el artículo 59.5 de la Ley 30/1992, debió proceder a la notificación por medio del correspondiente Edicto publicado en el Boletín Oficial. Dicha exigencia supone una mayor garantía jurídica de la afectada, por cuanto le resulta claramente perjudicial el acuerdo del INSS disponiendo la extinción de la prestación económica de incapacidad temporal. El incumplimiento por el INSS del citado trámite diseñado por el legislador a estos efectos determinó que la beneficiaria de la prestación no estuviese adecuadamente citada, razón por la que su incomparecencia no puede calificarse de injustificada y, en consecuencia, no procede la extinción de la prestación de incapacidad temporal.”; STS núm. 470/2020, de 18 junio, ECLI:ES:2020:2516, citación a comparecencia por Mutua, considera improcedente la extinción por incomparecencia injustificada a reconocimiento médico efectuado por la Mutua mediante burofax que no pudo ser entregado por el servicio de correos, dejando aviso, remitiendo un segundo burofax para justificar la incomparecencia, que tampoco pudo ser entregado, dejando aviso, al resultar necesaria la publicación en el Boletín Oficial por lo que no puede calificarse como injustificada la falta de comparecencia.*

<sup>51</sup> Art. 8.

- Intervención General de la Seguridad Social: puede acceder a datos relativos a situaciones de IT que sean estrictamente necesarios para el ejercicio de sus funciones.
- Personal no sanitario del INSS/SPS/Mutuas: solo podrán acceder a los datos de los trabajadores estrictamente necesarios para sus cometidos.

Llevarán a cabo aquellas actividades que tengan por objeto comprobar el mantenimiento de los hechos y de la situación que originaron el derecho al subsidio (sin perjuicio de las competencias de los SPS). Sus actuaciones se basarán en: los datos de los partes médicos de baja, confirmación, reconocimientos médicos e informes médicos realizados

Y en cuanto al tratamiento de datos se debe de tener en cuenta que los mismos tienen carácter confidencial y que solo pueden ser utilizados para el control de los procesos de IT y no para otras finalidades, quedando sujetos a la LO 15/1999, de 13 de diciembre.

### 2.2.11. Otros aspectos de la gestión<sup>52</sup>

Las disposiciones adicionales del RD 625/1984, recogen las siguientes previsiones de interés:

- *Remisión de datos por las Mutuas*: Obligación de las Mutuas de remitir datos e información solicitada por la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social en el marco de sus funciones de dirección y tutela, con el fin de conocer las actuaciones desarrolladas y evaluar su eficacia.
- *Facultativos o inspectores médicos del ISM*: Quedan equiparados a los facultativos o inspectores del SPS, cuando ejerzan sus funciones por no haberse transferido la competencia de asistencia sanitaria a la CCAA.
- *Adaptación a las Mutuas de los sistemas informáticos*: en el plazo máximo de 3 meses siguientes a la entrada en vigor del RD para su comunicación por vía informática con el INSS y el ISM. En el mismo plazo se iniciarán actuaciones para cumplir lo estipulado en el 16.2 del Reglamento sobre colaboración
- *Instituto Nacional de Gestión Sanitaria*: las referencias a los SPS que se contienen en el RD han de entenderse también realizadas al INGESA, entidad gestora a quien le corresponde la gestión de las prestaciones sanitarias en Ceuta y Melilla.

---

<sup>52</sup> Véanse las disposiciones adicionales del RD 625/2014.

## 3. LOS PROGRAMAS DE RACIONALIZACIÓN Y MEJORA DE LA GESTIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL. CONVENIOS DE COLABORACIÓN ENTRE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. BREVE RESEÑA

La Ley 21/2001, 27 diciembre, estableció un nuevo sistema de financiación de las CC.AA, creando su art. 4 B. c) un fondo específico denominado “Programa de Ahorro en Incapacidad Temporal” dirigido a financiar la adopción de programas y medidas dirigidas al control del gasto relativo a la incapacidad temporal y a la mejora de la gestión de los servicios de asistencia sanitaria de la Seguridad Social para estas contingencias, correspondiendo la gestión financiera de dicho fondo a la Tesorería General de la Seguridad Social. La dotación de este Fondo (tanto para las CC.AA. con gestión transferida en aquellos momentos, como las que no lo tuvieron) fue de 240,40 millones de euros, con previsión de actualización anual según se determinara en las leyes de Presupuestos Generales del Estado, a distribuir entre las Comunidades Autónomas de acuerdo con la población protegida.

Esos Fondos sirvieron para que el INSS y las CC.AA. suscribieran Convenios Generales para el control de la IT y Convenios Específicos para control de ciertas patologías y procesos de IT de corta duración<sup>53</sup>.

En general en tales los Convenios se establecían dos líneas de actuación con sus correspondientes indicadores de seguimiento<sup>54</sup>: a) Objetivos de racionalización del gasto; y b) Cumplimiento de un programa de actividades.

En los Convenios suscritos en el período 2002-2004, el peso mayor, el 70% del crédito, quedaba supeditado a la consecución del objetivo de racionalización del gasto, que se medía exclusivamente en términos de reducción del coste IT/INSS por afiliado y mes, estableciendo un coeficiente para obtener un coste por afiliado neto del “efecto bases de cotización”. A partir de 2005, si bien se mantiene ese indicador de coste medio, se invierten los pesos de los objetivos, asignándose el 30% del crédito a la racionalización del gasto y el 70% al cumplimiento del programa de actividades, y especialmen-

53 El objeto de estos convenios es: a) Un llevar a cabo un programa de estudio sobre el comportamiento de los procesos de IT derivados de ciertas patologías a fin de fijar los adecuados controles sobre la prestación; b) Realizar un seguimiento de las bajas de los empleados de los servicios de salud (y en su caso de los servicios sociales) de dicha CA; y c) La implantación de un sistema informativo sobre el comportamiento de los médicos de Atención Primaria en la prescripción de incapacidad temporal.

54 Ver el informe de la Agencia de Evaluación y Calidad. Ministerio de la Presidencia de 2009, que efectúa una Evaluación de las medidas de racionalización y mejora de la gestión de la IT para el período 2006-2008. Accesible en <https://funcionpublica.hacienda.gob.es/dam/es/portalsefp/evaluacionpoliticaspublicas/Documentos/Evaluaciones/2009/E22.pdf>.

## EL CONTROL Y LA GESTIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL

te a potenciar la informatización y transmisión telemática al INSS de los partes de IT en plazo y con código de diagnóstico, objetivo al que se le asignó el 45% del crédito.

Por otro lado, en los convenios suscritos para los años 2002-2004 se constató la necesidad de fijar un Plan anual de actuaciones, que se estableció para 2005 y para cada uno de los años del período 2006-2008.

En los Convenios suscritos para el período 2006-2008, se establecieron los siguientes objetivos:

**Primero.** Programa de actividades para la modernización y mejora de la gestión y control de la Incapacidad Temporal, que se concretaba en las siguientes cuatro áreas de actuación:

1. Informatización y transmisión por vía telemática al INSS de los partes de IT en plazo (con remisión diaria de ficheros) y con código de diagnóstico correcto.
2. Emisión desde el Servicio Público de Salud de los informes médicos individualizados sobre procesos de IT, correspondientes a los trimestres segundo y tercero desde el inicio del proceso de IT.
3. La práctica totalidad de CC. AA (con la excepción de Cataluña) tenían como objetivo la gestión de propuestas y de intenciones de alta.

En lo concerniente a las propuestas de alta los SPS debían tramitar y contestar motivadamente dentro del plazo de quince días, un determinado porcentaje de las propuestas de alta formuladas por el INSS y las "Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social" (MATEPSS).

4. Otras actividades: formación, colaboración, etcétera. Los objetivos concretos dentro de estas áreas eran: a) facilitar el acceso a los historiales clínicos a los médicos inspectores del INSS; b) la realización de actividades formativas con periodicidad semestral, con la participación del INSS y MATEPSS, debiendo incluir al 20% de los médicos de atención primaria; c) el SPS se comprometía a realizar las pruebas complementarias solicitadas por el INSS para la determinación de las IT, así como la remisión de resultado de las mismas y el informe correspondiente en un plazo determinado; y d) la implicación de las unidades de gestión de la IT, entendiéndose por ello que los SPS debían informar mensualmente a la Dirección Provincial del INSS sobre las actuaciones de control de IT desarrolladas en el mes inmediato anterior y el resultado de las mismas.

**Segundo.** Objetivo de racionalización del gasto.

Se establecían dos indicadores:

- A. Indicador coste/afiliado/mes.
- B. Indicador días de IT/afiliado/mes.

Se consideraba cumplido el objetivo si se obtenía una reducción del 2% de los días de baja consumidos en IT por contingencias comunes y profesionales de los trabajadores protegidos, respecto a los días consumidos en el mismo período mensual del año anterior.

## EL CONTROL Y LA GESTIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL

Con este diseño se pretendía sentar las bases de que las cuantías económicas provenientes de los fondos no se integraran en los presupuestos autonómicos con carácter general e indiferenciado, sino vinculadas a un objetivo determinado, y sujetas a mecanismos de comprobación de resultados en la implementación.

A partir de 2006 se estableció una partida presupuestaria en los PGE que tenía por objeto el establecimiento de programas piloto de estudio relativos al comportamiento de los procesos de IT derivados de ciertas patologías. Los programas tenían por objeto llevar a cabo un control pormenorizado de las situaciones de IT en el conjunto de patologías establecidas en los mismos. Y así, los Servicios Públicos de Salud, debían llevar a cabo determinadas actividades como:

- Realizar un análisis del comportamiento de los procesos de IT en las distintas patologías contempladas, que se traducía en efectuar los controles pertinentes y en proceder a emitir las altas médicas oportunas. De este modo se lograría disminuir el número de días de baja por IT para dichos procesos, minorando el coste de la prestación de IT
- Informar al INSS de los resultados obtenidos.
- Dotarse de una estructura que facilitase las funciones de dirección y control de la gestión de la prestación de IT.
- Potenciar la formación de los profesionales implicados en los procesos de gestión y control de la IT. La formación se producía en las fases de la formación académica, incluyendo períodos de estancia en unidades médicas del INSS para los futuros especialistas en medicina familiar y comunitaria. Abarcaba igualmente la formación continuada de los profesionales.

Los programas establecían un incentivo económico para lograr la reducción del número de días de baja por IT respecto al año anterior, fijando una cuantía fija por cada día de baja reducido. Los créditos transferidos se destinaban a incentivar a los agentes de los SPS intervinientes en el programa (inspectores médicos, subinspectores sanitarios, médicos de atención primaria y especializada y otro personal de apoyo) y a la modernización y mejora de los recursos informáticos y materiales empleados en la gestión de la IT.

Para los períodos siguientes se seguirán suscribiendo convenios generales con similar fin, el alcanzar el Plan anual de actuaciones para la modernización y mejora de la gestión y control de la IT y la racionalización del gasto de la prestación con las CC. AA y de igual forma otros convenios específicos.

Los últimos convenios suscritos en esta materia son los relativos al período 2021-2022 que recientemente han sido prorrogados (en el algún caso modificados) a lo largo del mes de diciembre de 2022<sup>55</sup>.

---

<sup>55</sup> Andalucía, Aragón, Asturias, Islas Baleares; Cantabria, Castilla y León; Castilla La Mancha, Cataluña, Extremadura, Madrid, Murcia, La Rioja y Valencia, todas ellas por Resoluciones de 30 de diciembre de 2022 de la Secretaría General Técnica por la que se publica la Adenda de prórroga y modificación al Convenio con la CA de Andalucía (BOE 12 de enero de 2023).

## EL CONTROL Y LA GESTIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL

En general todos los convenios tienen una estructura similar:

- Un programa de actuaciones relativo a la modernización y mejora de la gestión y control de la incapacidad temporal.
- Objetivo de racionalización del gasto.

En relación con las actividades de modernización y mejora de la gestión y control de la IT, estas se vinculan a una serie de áreas de actuación:

- A. Transmisión por vía telemática al INSS de los partes de IT, con calidad en los datos y en plazo<sup>56</sup>
- B. Aplicación de tablas de duración óptima<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup> Que consiste básicamente en que partiendo de que la CA ya tienen creada una base de datos de procesos de IT, se habrá de conseguir que se incluyan en ella todos los partes médicos de baja, confirmación y alta emitidos por los facultativos de su ámbito territorial. Los partes médicos de baja y de confirmación se extenderán en función del periodo de duración que estime clínicamente el médico que los emite, de conformidad con lo establecido en el artículo 2 del Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, y con arreglo a los cuatro grupos de procesos que establece dicho Real Decreto.

Así mismo, en dicha base de datos deberán incluirse también los partes médicos de alta y de baja emitidos por los Inspectores Médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social, y remitidos por este Instituto a la Comunidad.

Los partes médicos de baja, confirmación y alta se transmitirán por vía telemática al INSS, con independencia de cuál sea la Entidad competente en la gestión de la prestación económica, conforme a las especificaciones técnicas, diseño de registro y periodicidad que determine la Entidad Gestora, siempre con programas compatibles.

Así mismo, los citados partes habrán de transmitirse, por vía telemática, al INSS, de manera inmediata, y, en todo caso, en el primer día hábil siguiente al de su expedición, de conformidad con lo establecido en el apartado 1 del artículo 7 del RD 625/2014.

Los datos a transmitir, con carácter obligatorio, en los partes de baja, confirmación y alta, serán los que figuran en el modelo aprobado en la Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio, por la que se desarrolla el Real Decreto 625/2014, así como los que se estimen oportunos para la adecuada gestión de la prestación de incapacidad temporal, conforme se fija en los protocolos de transmisión por vía telemática; y, en todo caso, deberá constar el Código Nacional de Ocupación, así como el código de diagnóstico, según la clasificación internacional de enfermedades de la Organización Mundial de la Salud, en la edición que establezca el INSS. En el supuesto de que la Comunidad utilice otro sistema de codificación, deberá realizar la conversión a la clasificación señalada.

Dentro de este apartado, se valorará la calidad en la cumplimentación de los datos de los partes médicos, especialmente en lo relativo a los códigos de diagnóstico, profesión, a las recaídas en los procesos, así como la prontitud en la transmisión informática al INSS, por el SPS, de la modificación del parte de baja cuando es recaída de un proceso anterior.

<sup>57</sup> El SPS dotará a sus médicos de Atención Primaria de tablas de duración óptima elaboradas y facilitadas por el INSS, en las que se reflejen los tiempos de duración de cada uno de los procesos de mayor frecuencia, teniendo en cuenta la patología y la edad del trabajador; debiendo incorporar esas a los procedimientos informatizados de atención primaria. Estas tablas, que servirán como instrumento y como respaldo técnico a los médicos de Atención Primaria, podrán variarse a lo largo del tiempo. La edición de las nuevas tablas se efectuará por el INSS.

En este apartado se valorará expresamente no sólo la incorporación de las tablas de duración óptima facilitadas por el INSS a los sistemas informáticos de la Comunidad, también y al mismo tiempo la implantación de avisos y alarmas de ayuda al facultativo de Atención Primaria que debe expedir los partes de confirmación cuando se haya sobrepasado la duración óptima del proceso; incluyendo, así mismo, de forma automática la necesidad de justificación expresa por dicho facultativo de las causas que hayan llevado al mantenimiento del proceso.

El SPS de la Comunidad debe establecer y remitir al INSS un plan de acción en el que se fijen las actuaciones a seguir en aquellos procesos de IT que han superado la duración óptima prefijada.

## EL CONTROL Y LA GESTIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL

- C. Análisis Predictivo<sup>58</sup>.
- D. Aviso en el parte de confirmación y Creación de Unidades Especializadas en el Control de Determinados Procesos de IT<sup>59</sup>.
- E. Existencia de Médicos Consultores Especializados en Determinadas Patologías<sup>60</sup>.
- F. Gestión de propuestas de alta<sup>61</sup>.

**58** El INSS hará participe al SPS de los resultados de la herramienta predictiva que se disponga y que se venga empleando en este Instituto para que, por medio de este instrumento de analítica predictiva, que combina una gran cantidad de variables que inciden en los procesos de IT (duración, sexo, edad, patología, ocupación etc.), pueda la Inspección Médica del SPS seleccionar aquellos procesos que requieran una valoración clínica por parte de dicha Inspección Médica, para mantener o no la situación de incapacidad temporal. A la vez podrán descartarse aquellos procesos en los que la herramienta, analizando las citadas variables, predice que aún no es necesario su control.

Para ello, el INSS enviará periódicamente al SPS los procesos de IT seleccionados mediante la herramienta predictiva susceptibles de ser valorados y citados a reconocimiento, en función de índices provincializados del INSS, de manera que la Inspección Médica del SPS y/o los facultativos del SPS realicen actuaciones concretas en las valoraciones / reconocimientos de esos trabajadores en IT.

**59** Para facilitar la detección de procesos de incapacidad temporal que se prolonguen en el tiempo más allá del que precise el cuadro clínico en sí, se valorará qué en todos los partes de confirmación de incapacidad temporal legalmente exigibles, el médico del Servicio Público de Salud, responsable de esa baja, consigne de manera obligatoria sí, a su juicio, el proceso de IT de que se trate:

– Transcurre de forma adecuada por las características clínicas del mismo.

– No transcurre de forma adecuada por una de las siguientes causas:

a) Asistencial: El proceso de IT se alarga indebidamente por estar pendiente de realizar una consulta con el especialista, una prueba diagnóstica, un determinado tratamiento médico, una determinada intervención quirúrgica o un determinado tratamiento rehabilitador.

b) No asistencial: Serían aquellos supuestos que para el facultativo del SPS le supongan una alteración importante en la imprescindible relación médico paciente.

**60** Consiste en la creación, por el SPS de la Comunidad, de consultores especializados en los Centros de Salud de determinadas especialidades a plena disposición de los médicos de Atención Primaria, así como la intervención de especialistas o consultores que realicen un seguimiento del proceso de IT relacionado con el puesto de trabajo del ciudadano, valorando la necesidad de permanencia o no en dicha situación.

Estos consultores facilitarían a los MAP el trabajo en la adecuada asistencia y control de los trabajadores en IT, para que con inmediatez puedan atender a esos trabajadores desde el mismo momento en que acuden al Centro de Salud cuando inician su IT.

Los médicos especialistas a disposición del médico de atención primaria, serán de manera preferente consultores en patología musculoesquelética (reumatólogo, traumatólogo, rehabilitador) y patología psiquiátrica menor (psiquiatra, psicólogo), así como ocasionalmente, aquellos especialistas relacionados con el proceso clínico causante de la IT a los que se solicitará la información actualizada que precise, debiendo tener respuesta en tiempo inferior al que se determine anualmente. Las contestaciones a estas solicitudes deberán suponer, al menos, un volumen equivalente a un porcentaje determinado de los procesos que superen el tiempo óptimo por estas patologías.

Las comunicaciones entre el médico de Atención Primaria y los consultores deben realizarse de manera electrónica a través de la e-consulta, correo electrónico, etc.

**61** El SPS se obliga a tramitar y contestar, motivadamente y en plazo, todas las propuestas de alta formuladas por las MCSS, a través del procedimiento informatizado diseñado por el INSS.

La contestación a las propuestas de alta formuladas por las MCSS, en caso de desacuerdo del SPS, deberá estar motivada desde un punto de vista clínico-funcional, indicando las limitaciones orgánicas y funcionales que impiden el desarrollo de la actividad laboral del trabajador. Aquellas propuestas que no sean contestadas en el plazo establecido, pasarán directamente a evaluarse por el INSS.

## EL CONTROL Y LA GESTIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL

- G. Control médico de la adecuación de la incapacidad temporal.<sup>62</sup>
- H. Formación e información<sup>63</sup>.
- I. Acceso telemático a historias clínicas<sup>64</sup>.
- J. Objetivos específicos:

Y en relación con los objetivos de racionalización del gasto:

- A. Indicador: Coste/afiliado/mes<sup>65</sup>.
- B. Otros indicadores<sup>66</sup>.
- C. Indicador procesos de corta duración<sup>67</sup>

---

**62** Con ello se busca implicar a los médicos de atención primaria, como principales responsables de la emisión de los partes de incapacidad temporal, así como a la inspección médica de los Servicios Públicos de Salud (SPS), en adecuar la duración de los procesos de IT a los días estrictamente necesarios para la recuperación funcional de los trabajadores en situación de baja laboral.

**63** INSS y CC. AA se conscientes de la importancia de la formación de los profesionales sanitarios, en materia de incapacidades laborales, se comprometen a fomentar la formación de éstos en sus distintas modalidades: presencial o no presencial, utilizando para ello las metodologías y herramientas que estimen necesarias, tales como cursos, seminarios, jornadas, estancias formativas, intercambio de profesionales y cualesquiera otras que se consideren eficaces a la hora de lograr el objetivo planteado.

**64** Con el fin de realizar la gestión y el control de las prestaciones derivadas de las incapacidades laborales, la Comunidad se compromete a facilitar a los Inspectores Médicos del INSS el acceso informatizado, directo y sin otros condicionantes telemáticos previos, desde sus puestos de trabajo, a las historias clínicas completas tanto de atención primaria como especializada de los asegurados. Dicho acceso será en las mismas condiciones que los propios Inspectores Médicos del SPS.

El acceso y tratamiento de esta información por parte de los Inspectores Médicos del INSS tendrá por objeto, única y exclusivamente, el ejercicio de las competencias que tienen encomendadas en orden a la valoración del menoscabo funcional que justifica la percepción de las prestaciones económicas garantizándose, en todo caso, la seguridad y confidencialidad de los datos.

En las historias clínicas también estará incluido el informe propuesta de incapacidad permanente. En caso de no ser posible su inclusión, dicho informe propuesta será transmitido por el SPS a la Unidad Médica del INSS a través del sistema de comunicación telemático que se alude en el párrafo siguiente.

Se establecerá un sistema telemático de comunicación entre los Inspectores Médicos del INSS y los Inspectores Médicos de la Comunidad, de forma que ambos colectivos que intervienen en un proceso de incapacidad laboral de un trabajador puedan relacionarse y comunicarse sus decisiones para gestionar las incapacidades laborales de una manera ágil y eficaz, cumpliendo con lo previsto en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales y su normativa de desarrollo.

**65** El objetivo de reducción del gasto de IT por contingencias comunes en la CC. AA se dirige a propiciar que, durante la vigencia del Convenio, se alcance un gasto de la prestación económica señalada, medido en términos de coste/afiliado/mes, según se fija en los anexos de los convenios

**66** Sobre incidencia y prevalencia de los procesos de IT.

**67** Se es consciente, del análisis de los procesos de IT, que un número elevado de ellos corresponde a procesos de corta duración, que provocan además una merma importante para la organización del sistema productivo. Por ello se establece este objetivo, consistente en la puesta en marcha de un plan que someta a un seguimiento más riguroso a los procesos de IT cuyo diagnóstico tenga establecida una duración estándar no superior a 30 días. En este objetivo se contemplan los procesos de IT por contingencias comunes de INSS y de Mutuas.

Con su aplicación se pretende ajustar el número de procesos de IT de esta modalidad que se inicien, y establecer una cultura de utilización racional de la prestación en procesos de corta duración, sensibilizando para ello, tanto al médico prescriptor de la baja como al trabajador y al empresario, mejorando al propio tiempo la atención sanitaria sobre los beneficiarios.

## 4. LA REFORMAS DE 2022 PARA 2023 EN LA GESTIÓN Y CONTROL DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL

La principal novedad o quizás la más llamativa de las reformas introducida por el RD 1060/2022, de 27 de diciembre, es la supresión de la entrega al trabajador, por el facultativo que emite los partes médicos de baja, confirmación y alta médica, de una copia de estos destinada a la empresa, y la correlativa obligación de su presentación a esta por el trabajador en un plazo determinado. La finalidad declarada no es otra que facilitar la gestión de las situaciones de incapacidad temporal y de las prestaciones correspondientes a las mismas.

El RD 1060/2023, se estructura en un artículo único que modifica el RD 625/2014, de 18 de julio, concretamente:

- El apartado 3 del art. 2 *“Declaraciones médicas de baja y de confirmación de la baja en los procesos de incapacidad temporal”*.
- El apartado 3 del art. 6 *“Propuestas de alta médica formuladas por las mutuas en los procesos derivados de contingencias comunes”*.
- El art. 7 *“Tramitación de los partes médicos y expedición de las altas médicas por el Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso del Instituto Social de la Marina”*.

Y además recoge en una disposición transitoria su aplicación los procesos en curso y una disposición final única sobre su entrada en vigor.

### 4.1. Declaraciones médicas de baja y su confirmación

El apartado 3 del art. 2 contiene una clasificación de los procesos de incapacidad temporal en relación con la duración que el facultativo que lo emita entienda oportuno, estableciendo respecto de cada tipo los plazos máximos dentro de los cuales ha de fijarse, en los partes médicos, la fecha de las sucesivas revisiones médicas. El cambio consiste en la adición de un nuevo párrafo al final del apartado en el cual se explicita que, en cualquiera de los procesos contemplados en el mismo, el facultativo del servicio público de salud, de la empresa colaboradora o de la mutua podrá fijar la correspondiente revisión médica en un período inferior al indicado en cada caso. La novedad en realidad no era estrictamente necesaria ya que de la versión anterior cabía así entenderlo, pero en la práctica se hacía una aplicación automática de los plazos máximos en los que cabía reconocer al trabajador y expedir la confirmación o el alta médica.

## 4.2. Propuestas de alta médica formuladas por las mutuas en los procesos derivados de contingencias comunes

La nueva redacción del apartado 3 del art. 6 básicamente consiste en adaptar la anterior referencia al apartado 5 del artículo 7 a los cambios operados en este último artículo en el que la supresión del contenido del actual apartado 4 ha determinado el cambio de numeración de los apartados 5 y 6, que han pasado a ser, respectivamente, los apartados 4 y 5.

Por otro lado, se actualizan las referencias al actual texto refundido de la LGSS, de 2015 sustituyendo las correspondientes al texto refundido de 1994.

## 4.3. Tramitación de los partes médicos y expedición de altas médicas por el Instituto Nacional de la Seguridad Social o del Instituto Social de la Marina

El art. 7 pasa a tener una nueva redacción, las novedades que incorpora son las siguientes:

### A) Entrega de partes médicos de baja

Se sustituye la obligación del facultativo que emite el parte de baja, confirmación o alta de entregar al trabajador dos copias, una para el propio interesado y otra con destino a la empresa, por la respectiva entrega de una única copia.

### B) Obligaciones del trabajador

Se suprime la obligación del trabajador de presentar en la empresa (o en la entidad gestora o mutua en caso de extinción de la relación laboral durante el proceso de incapacidad temporal) una copia del parte.

### C) Obligaciones de comunicación telemática de los servicios de salud

En el último párrafo se mantienen las obligaciones de comunicación telemática al INSS por las entidades emisoras de los partes médicos, si bien se añade ahora junto a los servicios públicos de salud y las mutuas a las empresas colaboradoras, y se sustituye la referencia a la remisión de los partes en sí por la correspondiente a los datos contenidos en los mismos.

### D) Obligaciones de las empresas

Se sustituye la obligación de las empresas de remitir al INSS los partes médicos que les presenten los trabajadores, una vez cumplimentada la parte correspondiente a la empresa, por una previsión conforme a la cual dicha entidad gestora ha de comunicar a la empresa los datos identificativos de carácter meramente administrativo relativos a los partes médicos de baja, confirmación y alta, emitidos por los facultativos del servicio público de salud o de la mutua, referidos a sus personas trabajadoras, como máximo en el primer día hábil siguiente al de su recepción en el INSS.

Se añade la obligación de las empresas de transmitir al INSS a través del sistema RED, con carácter inmediato y, en todo caso, en el plazo máximo de tres días hábiles contados a partir de la recepción

de la comunicación de la baja médica, los datos que se determinen mediante orden ministerial. Los empresarios quedan eximidos de dicha obligación cuando se trate de trabajadores pertenecientes a algún colectivo respecto del cual la empresa o empleador no tenga obligación de incorporarse al sistema RED.

### **E) Adecuaciones de citas normativas**

Se adecua la cita al artículo del texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por la que se entiende tipificada la infracción derivada del incumplimiento del empresario de la referida obligación.

### **F) Efectos de la no remisión de los partes médicos al INSS en relación con la colaboración obligatoria de las empresas**

Se suprime el anterior contenido del apartado 4, relativo a la facultad *del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* de suspender la colaboración obligatoria de la empresa en el pago delegado de las prestaciones económicas por incapacidad temporal cuando la empresa no remita los partes médicos al INSS. Los actuales apartados 5 y 6 pasan a ser, respectivamente, 4 y 5.

### **G) Otras modificaciones**

Se sustituyen las referencias a la remisión de los partes médicos por la relativa a la remisión de los datos correspondientes (apartado 5 anterior y ahora apartados 3 y 4 del art. 7).

En el último párrafo del apartado 3 (en su versión actual) se añade la cita al Instituto Social de la Marina como entidad gestora a la que, cuando corresponda, puede la empresa reclamar el reintegro de las cantidades abonadas en pago delegado a la persona trabajadora en concepto de incapacidad temporal y no deducidas de las liquidaciones para el ingreso de las cuotas de la Seguridad Social.

Y finalmente el apartado 4 del art. 7 (antes apartado 5) se sustituye la referencia a que el inspector médico del INSS o del ISM, cuando emita el parte médico de alta, entregará al trabajador dos copias por la correspondiente a una copia, se establece la obligación de la entidad gestora que emita dicho parte de comunicar a la empresa los datos identificativos de carácter meramente administrativo.

## **4.4. Procesos de incapacidad temporal en curso y entrada en vigor de la reforma**

La disposición transitoria única establece que las previsiones introducidas por el real decreto serán de aplicación, a partir de su entrada en vigor, a los procesos que en ese momento se encuentren en curso y no hayan superado los 365 días de duración. La disposición final única establece la fecha de entrada en vigor del Real Decreto fijándola el día primero del tercer mes siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, en definitiva, el 1 de abril de 2023.

## **4.5. La reforma de la orden ESS/1187/2015, de 15 de junio**

La Orden ISM/2/2023, de 11 de enero, modifica la Orden ESS/1187/2015, de 5 de julio con finalidad principal adaptar el articulado y los anexos de la Orden ESS/1187/2015 a las modificaciones introducidas

## EL CONTROL Y LA GESTIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL

en el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el Real Decreto 1060/2022, de 27 de diciembre, y desarrollar las previsiones introducidas por este respecto a las actuaciones y comunicaciones necesarios como consecuencia de esos cambios. Además se recoge, la referencia expresa en los modelos a los facultativos de las empresas colaboradoras en la gestión de la Seguridad Social<sup>68</sup>, se actualizan determinadas referencias normativas, y se introducen otros cambios en los modelos de los partes médicos que facilitan su utilización y que subsanan ciertos defectos o mejoran su redacción.

Las novedades que se introducen son las siguientes:

### A) Partes médicos de incapacidad

La Orden ISM/2/2023, da nueva redacción al artículo 1, que se refiere a la aprobación de los modelos de los partes médicos de baja/alta y de confirmación de la incapacidad temporal, para adaptar la referencia a los anexos I y II<sup>69</sup>.

### B) Expedición de los partes médicos de baja

Se modifica el artículo 3 para incluir una referencia expresa a los facultativos de las empresas colaboradoras junto a los de los servicios públicos de salud y las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social.

### C) Expedición de los partes de confirmación de la baja

El art. 4 es modificado en los apartados 1, 2 y 4 para:

- Incorporar las correspondientes referencias a los facultativos de las empresas colaboradoras y las referencias al actual texto refundido de la LGSS.
- Se da nueva redacción al párrafo sexto del apartado 2 (pasando los actuales sexto y séptimo a ser, respectivamente, séptimo y octavo) para indicar que los plazos establecidos en este apartado se entenderán, en todo caso, como plazos máximos, por lo que el facultativo del servicio público de salud, de la empresa colaboradora o de la mutua podrá expedir los partes de confirmación en un período inferior.
- Se sustituye la referencia al inicio de una situación de maternidad, como causa de alta médica, por la correspondiente al inicio de una situación de descanso por nacimiento y cuidado de menor.

### D) Expedición de partes médicos de alta por el facultativo del servicio público de salud de la mutua o de la empresa colaboradora

Se modifica el título y el apartado 1 del artículo 6, para incluir una referencia expresa al facultativo de la empresa colaboradora. Y se introduce una referencia expresa a que el facultativo que expida el parte de alta entregará al trabajador una copia del mismo<sup>70</sup>.

<sup>68</sup> Era una omisión a los mismos que si bien había sido subsanada por el RD 231/2017, de 10 de marzo en el RD 625/2015, no se había luego trasladado a la Orden ESS/1187/2015.

<sup>69</sup> Al haberse introducido un nuevo anexo III, que no se refiere a tales modelos, ya no procede una referencia genérica a los anexos.

<sup>70</sup> Se sustituye a la previsión actualmente recogida en el artículo 8.1 relativa a la entrega al trabajador de dos copias del parte.

### **E) Expedición de altas médicas por los inspectores médicos de los servicios públicos de salud**

Es una nueva redacción de artículo 7, relativo a la expedición de altas médicas por los inspectores médicos de los servicios públicos de salud, para establecer que los mismos entregarán al trabajador una copia del parte médico, en lugar de dos.

### **F) Expedición de altas médicas por los inspectores médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social e Instituto Social de la Marina**

Similar modificación que las anteriores, se modifica el artículo 8.1, relativo a la expedición de altas médicas por los inspectores médicos del INSS o del ISM, con esa misma finalidad de sustituir la referencia a la entrega al trabajador de dos copias del parte, por la relativa a una copia. Además, se sustituye en el segundo párrafo la referencia a la remisión por la entidad gestora al servicio público de salud y, en su caso, la mutua, de los partes médicos por la correspondiente a los datos contenidos en los mismos.

### **G) Remisión de datos contenidos en los partes médicos de baja/alta y confirmación, por los servicios públicos de salud y las mutuas [se añade “y las empresas colaboradoras”]**

El artículo 9 de la Orden ESS/1187/2015, es modificado para incorporar a su título y a su contenido una referencia a las empresas colaboradoras, y por otra sustituye la referencia a la remisión de los partes médicos al INSS, por el servicio público de salud o entidad colaboradora que los emita, por la correspondiente a la remisión de los datos contenidos en los mismos. Asimismo, se adecua la cita a los anexos que contienen los modelos de parte médico.

### **H) Entrega del parte al trabajador y presentación en la empresa de la copia destinada a ella [ahora “Comunicación a las empresas”]**

El artículo 10 cambia su objeto que hasta ahora tenía por objeto regular la entrega al trabajador y la presentación por el mismo en la empresa de la copia destinada a ella. Esta regulación se elimina pasando este artículo a regular la comunicación por el INSS a la empresa de los datos pertinentes de sus trabajadores. Dicha comunicación se llevará cabo a través del fichero “INSS EMPRESAS” del sistema RED, y que la misma comprenderá los datos identificativos de carácter meramente administrativo de los partes médicos.

Y además se incorpora una previsión expresa referida a los colectivos respecto de los cuales la empresa o empleador no tenga obligación de incorporarse al sistema RED, para determinar el modo de llevar a cabo en estos casos las comunicaciones a que se refiere este artículo. Ello se hace en consonancia con la regulación de las notificaciones y comunicaciones electrónicas en el ámbito de la Administración de la Seguridad Social, contenida fundamentalmente tanto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, como en la Orden ISM/903/2020, de 24 de septiembre, por la que se regulan las notificaciones y comunicaciones en el ámbito de la Administración de la Seguridad Social.

### **I) Tramitación por el empresario**

Nueva redacción al artículo 11 relativo a la tramitación por el empresario, eliminando las referencias a la consignación por la empresa de información en el modelo del parte, a la cumplimentación de este

y a su transmisión al Instituto Nacional de la Seguridad Social, que son sustituidas por la referencia a la transmisión de los datos que se recogen en el Anexo III.

### J) Reglas especiales aplicables a determinados trabajadores

El artículo se suprime y desaparece la obligación de presentar por los interesados los partes médicos en la entidad gestora o colaboradora cuando proceda el pago directo de la prestación de incapacidad temporal, utilizando para ello el ejemplar destinado a la empresa.

### K) Modelos

Se modifican los anexos I, que recoge el modelo de parte de baja/alta, y II, referido al modelo de parte médico de confirmación, y se incorpora un nuevo anexo III que recoge los datos que ha de comunicar la empresa al INSS respecto de los trabajadores a los que se refiera el parte médico de baja.

Los nuevos modelos de los partes médicos recogidos en los Anexos I y II, introducen algunas novedades respecto a los recogidos hasta ahora en la Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio, la principal de las cuales es la eliminación del ejemplar destinado al empresario, en coherencia con los cambios introducidos al respecto en el articulado<sup>71</sup>.

Otras novedades son:

- En el apartado correspondiente a la entidad emisora, estos nuevos modelos incorporan una casilla para el supuesto de que el emisor del parte sea el facultativo de la empresa colaboradora en la gestión de la Seguridad Social.
- Se establecen nuevas casillas previas a la firma del facultativo que permiten distinguir si es o no un médico inspector el que emite el parte.
- Se incorpora la posibilidad de cumplimentar el código CIE-10 en supuestos que no sean de enfermedad profesional, y se incrementan, en el parte de baja/alta, el número de casillas para consignar el Código Nacional de Ocupación (CNO).
- En el dato de la fecha de la siguiente revisión médica, se hace una advertencia de que si el trabajador no comparece en esa fecha, se podrá emitir el alta por incomparecencia.
- En el modelo de parte de baja/alta, se incorpora el dato de la fecha de la baja del proceso anterior del que es recaída.
- Los modelos de parte de baja/alta y de confirmación se ajustan en su texto a los requerimientos del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento General de Protección de Datos).

<sup>71</sup> La Disposición transitoria única establece que los nuevos modelos de partes médicos se utilizarán en los procesos que estén en curso en la fecha de entrada en vigor de la orden y no hayan superado los 365 días, así como a las nuevas bajas que puedan darse por recaída en procesos anteriores. Del mismo modo, la transmisión de los datos correspondientes a esos procesos se llevará a cabo conforme a lo previsto en esta orden a partir de su entrada en vigor. Por su parte la Disposición final única se refiere a la entrada en vigor de la norma, que se fija el 1 de abril de 2023 para hacerlo coincidir con la fecha de entrada en vigor del Real Decreto 1060/2022, de 27 de diciembre.

- Se sustituye, entre las causas del alta médica el “inicio de la situación de maternidad” por “nacimiento y cuidado de menor.
- Se incorpora un nuevo Anexo III, relativo a los datos económicos que ha de comunicar la empresa al INSS una vez que es informada de la baja médica del trabajador. Su contenido se corresponde con parte del recogido anteriormente en el ejemplar del parte de baja/alta destinado a la empresa, concretamente con los datos identificativos del trabajador y los datos a cumplimentar por la empresa. Además, se ha añadido un apartado referido a la descripción de las funciones desempeñadas por el trabajador, así como algunos cambios de redacción.

## 5. VALORACIONES O REFLEXIONES FINALES

A la vista de lo anteriormente analizado podría hacerse algunas reflexiones finales sobre:

### **A) Realmente están justificadas las críticas acerca de un supuesto desinterés por parte de la Administración en un control de la IT**

Pues a la vista de lo expuesto en los distintos apartados de este estudio (significativamente en el apartado 1) no puede, sin faltar a la verdad mantenerse esa afirmación. Otra cosa es que hayan sido o sean eficacias las diversas medidas hasta ahora tomadas.

### **B) Sobre la bondad o no de la concurrencia y de la participación de distintas administraciones y entidades en la gestión y control de la IT**

La intervención de distintas administraciones (estatal y autonómica), entidades públicas (INSS, ISM, Servicios de Salud de las CC.AA.), privadas (Mutuas y empresas), con diferentes intereses, competencias, motivaciones, etc., provoca unas diferencias en orden a cuáles son las prioridades para ellas que obviamente influyen en una correcta gestión y control en la incapacidad temporal, singularmente en el caso de aquellas situaciones derivadas de contingencias comunes. La gestión separada entre el responsable económico y el prestador de la atención sanitaria comportan problemas complejos y difíciles de solventar.

Desde el punto de vista de quien tiene que prestar los servicios sanitarios (en el caso de las entidades públicas) su principal preocupación es obviamente el sanitario, es decir la prevención, recuperación y rehabilitación de la salud del trabajador. Para los médicos encargados de dispensación de la asistencia sanitaria, la gestión de la IT no deja de ser una carga de trabajo añadida, que además suelen ser fuente de conflictos con el beneficiario con quien tiene que entenderse directamente y al que tiene que decirle si o no a la baja, o a su mantenimiento, con las implicaciones económicas y laborales que ello conlleva. Sin embargo, su intervención es sumamente trascendente, ya que condicionan o imponen obligaciones al INSS, a las Mutuas o a las empresas.

## EL CONTROL Y LA GESTIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL

Para los servicios de Inspección Sanitaria de la CC.AA. la gestión de la IT no es otra cosa que una parte más de su trabajo, que muchas veces no está priorizada, sino que además puede ocupar un lugar secundario frente a otros como el control farmacéutico cuyo coste recae directamente sobre la CC.AA. de la que dependen.

Frente a ellos, nos encontramos con los responsables económicos de la prestación que, hipocresías aparte, su visión y actuación respecto a un sujeto en incapacidad temporal no es la misma, entre otras cosas porque su responsabilidad directa no es la de atender la salud del trabajador. Por otro lado al INSS se le atribuye una serie de competencias en el control de la IT que suponen unas actuaciones —intervenir en la atención sanitaria— para la que no tienen competencias y además unas posibilidades muy limitadas puesto que carecen de medios para ello para ello, lo que les lleva en definitiva a tener que solicitar la colaboración de los SPS o de las Mutuas (por ejemplo, cuando se precisen pruebas, etc.) a los que precisamente están controlando y cuyas decisiones pueden entrar en directa confrontación.

### **C) Las competencias de las Mutuas en la gestión económica de la incapacidad temporal: hipocresía, incongruencias y leyendas urbanas a matizar**

La reforma llevada a cabo por el art. 35 de la Ley 42/1994, de 30 diciembre en la DA Undécima de la LGSS/1994, atribuyó a las Mutuas una competencia extraña, gestionar la prestación económica de IT derivada de contingencias comunes. Es decir, se le atribuye simplemente la función de controlar y gestionar el pago una prestación en cuya dinámica (nacimiento, duración y extinción) no puede intervenir directamente, limitándose como mucho a la posibilidad de efectuar reconocimientos médicos y facilitar el acceso a pruebas médicas. Para poder actuar sobre un proceso de IT en su duración y extinción deben requerir el auxilio de la Inspección Médica del SPS y en su caso del INSS. Resulta curioso, que las razones que se han ofrecido para justificar la asunción progresiva de competencias en el control de la IT por parte del INSS, no sirvan o se acepten para dotar de competencias efectivas a las Mutuas. Si uno de los argumentos utilizados es, que no resulta razonable que el responsable de la prestación económica no tenga competencia sobre los actos de nacimiento y duración de la misma, lo mismo cabría de predicarse de la conveniencia de atribuir similares competencias a las Mutuas. Los contrarios a la atribución de competencias a las Mutuas olvidan que en terreno de las situaciones de IT derivadas de contingencias profesionales el control de las Mutuas es total y no parece que haya objeciones —significativas— sobre ello.

Por otro lado, la idea de que las Mutuas gestionan mejor los procesos de IT merece también algunos matices. En primer lugar, hay que recordar que esa idea —fundamentalmente— gira en torno a los procesos de IT de contingencias profesionales y no comunes. En segundo lugar, que tales procesos son bastante limitados en cuanto a las patologías resultantes a tratar y a colectivos reducidos (en relación con los atendidos en el SPS). En tercer lugar, que las Mutuas tienen para ello competencias plenas ya que se encargan de la atención médica y de la prestación económica, lo que facilita el diagnóstico y seguimiento de la situación. Cosa distinta sería si las Mutuas tuvieran que hacerse cargo de la atención médica y de la prestación económica en caso de contingencias comunes, algo para lo que ni están —hoy por hoy— seguramente preparadas ni tampoco tendrían medios para ello.

## EL CONTROL Y LA GESTIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL

Dicho lo anterior se podría concluir que quizás haya mucha hipocresía e incongruencia en el debate. Si no se confía en las Mutuas, la solución es bastante sencilla, que las mismas se limiten a sus competencias originarias.

### C) Las corruptelas en el uso de la incapacidad temporal

Con independencia de actuaciones claramente fraudulentas tendentes al acceso o mantenimiento indebido de una IT (connivencias, engaños, etc.), mayor problema presenta el uso indebido de la IT para otras finalidades para la que no han sido concebida, como, por ejemplo: atender cargas familiares, situaciones de conflicto laboral, etc. Fundamentalmente son preocupantes las bajas de corta duración de muy difícil de control. Por otro lado, el uso indebido de la IT como prevención de hipotéticas pérdidas de salud por las condiciones de trabajo se ha intentado solucionar con la introducción de nuevas contingencias como, la de riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia, así como al de cuidado de hijo menor enfermo grave.

### D) El coste para las empresas

Para el empresario la repercusión económica que tiene el que un trabajador se encuentre en incapacidad temporal es obvia, puesto que tiene que asumir el coste -en contingencias comunes- de la prestación económica de los días 4º al 15º; el de la protección complementaria pactada vía convenio colectivo, si la hubiere; aquellos costes indirectos derivados de la pérdida de productividad; la posible necesidad de sustitución del trabajador; los cambios organizativos que tengan que producirse, etc. Pero el mayor problema está en el control que el empresario pueda llevar a cabo para verificar el estado de enfermedad o accidente de un trabajador para justificar sus faltas al trabajo, es —como antes se ha señalado— muy limitado.

### E) La determinación de la contingencia

Distinguir entre el origen común o profesional de la pérdida de la salud del trabajador no siempre es sencillo y sin embargo su calificación es relevante. Supondrá quien será el obligado y responsable de la prestación asistencial y de la económica. Y además de cara al trabajador la prestación económica implica una mayor o menor protección cuantitativa y cualitativamente. Aquí la reforma introducida en 2014 es bastante aceptable de cara al propio beneficiario ya que hace evita las situaciones de desatención de unos u otros en orden a la atención sanitaria y prestación económica con el cauce establecido para ellos.

### F) El correcto diagnóstico

Es obvio que un diagnóstico acertado es la base de una correcta situación de baja. El problema que tiene que afrontar en muchas ocasiones el facultativo es que tiene que decidir sobre la procedencia o no de una baja y se puede encontrar con las inevitables (o evitables) demoras en la atención sanitaria tanto básica como especializada (realización de pruebas diagnósticas, intervenciones quirúrgicas, interconsultas entre facultativos de atención primaria y especializada, etc. Esos tiempos muertos o esperas repercuten negativamente en la gestión y el coste de la IT.

### **G) La gestión administrativa de los facultativos de atención primaria en la IT**

La gestión asociada a un proceso de IT no suele ser bien acogida por los facultativos, quizás por compleja y a veces innecesaria. A ello ha dado una solución aceptable el proceso de expedición de partes de baja y confirmación con las reformas de 2015 y 2022.

### **H) Recelos y motivación de los facultativos del SPS**

La separación entre quien abona el subsidio y quien presta los servicios sanitarios puede suponer una falta de motivación para quien tiene competencias en el control sanitario. Si a ello se une la progresiva invasión o pérdida de competencias, como el control de la IT a partir del día 365, la posibilidad de que los facultativos adscritos al INSS expidan altas médicas y que las emisiones de nuevas bajas por recaídas queden dentro de sus competencias, etc., pueden llevar a recelo y desinterés. A ello quizás ha ido dando solución los convenios entre el INSS y las distintas CC.AA. que desde 2006 se han venido celebrando.

### **I) La falta de un uso responsable de la IT**

Tanto entre los ciudadanos como entre los profesionales hay un espacio de tolerancia o entendimiento laxo de que con la IT se pueden atender situaciones de carácter social y personal, en algunos casos dignas de protección que no tienen respuesta en la actual legislación social y para las que la IT es un refugio. Aquí no solamente hay que pensar en situaciones típicamente fraudulentas, sino otras como problemas derivados de la conciliación familiar, laboral, etc. Piénsese que hasta unos años era normal acudir a la IT como refugio de situaciones de riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural y cuidado de hijo enfermo grave.

### **J) Los requerimientos al trabajador para que se sometan a reconocimiento médicos por parte del INSS**

El problema que tiene que afrontar el INSS a la hora de llevar a cabo actos de comprobación es muy importante y es que no tiene ni competencias ni posibilidades de llevar a cabo un efectivo control de la salud. Sus posibilidades reales se limitan al estudio de la documentación o historial médico del trabajador y a un simple reconocimiento del mismo. Si quiere profundizar, acordar prácticas de pruebas etc., tendrá que contar precisamente con el Servicio Público de Salud y que este acepte participar en un extraño control sobre sí mismo. Y esto como antes se ha analizado en el apartado 4 es una parte muy importante de los Convenios INSS y CC.AA.

### **K) El blindaje de las altas médicas cursadas por el INSS**

Como ya se ha analizado las altas médicas cursadas por los facultativos del INSS quedan blindadas en caso de recaídas, lo cual plantea obviamente las quejas y recelos por parte de los facultativos del Servicio Público de Salud

## L) El problema de la incapacidad temporal indefinida discontinua

El problema de cómo evitar situaciones de IT intermitentes no ha encontrado hasta la fecha una respuesta adecuada. Es a veces complejo determinar cuando estamos ante una recaída, ante una patología similar, concurrente, o estamos ante una recidiva, etc. Todo ello encuentra la misma solución, si no han transcurrido 180 días, se entiende que estamos ante un mismo período de IT y entra en el cómputo del período máximo de 365 o en su caso de los 540 días. Hay incluso quien sugiere que la solución pasa por eliminar la referencia a recaídas y que todo proceso que se inicie dentro de un período más o menos próximo subsiguiente al alta sea computable. Lo cual podría llevar al absurdo de extinción de la situación de IT, sin estar curado y sin posibilidad de acceder a la Incapacidad Permanente, por no revestir las dolencias el carácter de definitivas.

## M) Las recalificaciones del INSS o la guerra de responsabilidades

La competencia del INSS para llevar a cabo recalificaciones de una situación de IT, puede tener efectos perversos ante conductas estratégicas. Piénsese que el trabajador que se encuentre en situación de IT por CP, estando cubierto el riesgo por una Mutua, puede ante el alta médica extendida, si no está de acuerdo, en lugar de impugnar la misma, acudir al médico del SPS, obtener la baja y más adelante pedir la recalificación. En definitiva, una impugnación encubierta de alta médica con importantes consecuencias. De aquí que las recalificaciones puedan en algunos casos facilitar conductas estratégicas fraudulentas.

## N) La reforma “estrella” o principal novedad para 2023: la supresión de la entrega al beneficiario de una copia del parte de baja o de confirmación para su entrega en la empresa

No cabe duda que para el trabajador es en cierta forma un alivio en relación con las obligaciones que antes tenía de presentarlo en un breve período de tiempo ante la empresa. Ahora la empresa lo recibirá directamente del INSS a través del sistema RED. El problema será cuando la empresa o el empleador no estén obligados a estar incorporados al sistema RED. La nueva redacción al art. 7 del RD 625/2022 no dice nada al respecto. La Orden ISM/2/2023 en su art. 10 si contempla esta situación que se resolverá vía notificación o comunicación electrónica y en su caso por correo ordinario. Está por ver su efectividad y los posibles conflictos cuando el trabajador no ponga en antecedentes a la empresa de su situación de incapacidad temporal, a lo que no parece que venga obligado.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

Esteban Lejarreta, R., “El papel actual de la verificación empresarial de la enfermedad o accidente del art. 20.4 ET: Sentido y alcance del precepto tras las amplias reformas introducidas en el control de la incapacidad temporal”, en AA. VV., *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Laborum, Murcia, 2017.

Fernández Orrico, F.J., “Gestión y Control de la incapacidad temporal tras el RD 625/2014, de 18 julio”, *REDT*, núm. 168, 2014.

## EL CONTROL Y LA GESTIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL

- Ferrando García, F., "La reforma de la incapacidad temporal", en AA.VV., *La reforma de la Seguridad Social (El Acuerdo de 13 de julio de 2006 y su ulterior desarrollo normativo)*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2007.
- García Piñeiro, N.P., "La reforma en la prestación de incapacidad temporal", en AA.VV. (Sempere Navarro, A.V., Dir. y Areta Martínez, M., Coord.), *La reforma de la Seguridad Social de 2007-2008*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008.
- López Insua, B.M., *El control de la incapacidad temporal tras la reforma legislativa de las Mutuas colaboradoras de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 2015.
- López Insua, B.M., "Modificaciones en la prestación de incapacidad temporal e incapacidad permanente: Panorama general", en AA.VV. (Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G., Dirs.), *Las reformas laborales y de Seguridad Social para 2019. Estudio sistemático del RD-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo*, Ediciones Laborum, Murcia, 2019.
- Monereo Pérez, J.L., *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales. Estudio Técnico y Jurídico-Crítico de su régimen jurídico*, Bomarzo, Albacete, 2017.
- Monereo Pérez, J. L y Rodríguez Iniesta, G., "La trascendencia jurídico-social de las innovaciones establecidas por el RD-ley 28/2018, de 28 de diciembre, en la rama de pensiones y otras materias: una primera aproximación", en AA.VV. (Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G., Dirs.), *Las reformas laborales y de Seguridad Social para 2019. Estudio sistemático del RD-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo*, Ediciones Laborum, Murcia, 2019.
- Panizo Robles, J.A., "La Seguridad Social en los Presupuestos Generales del Estado para 2018", *RTSS, CEF*, núm. 425-426, agosto-septiembre 2018.
- Panizo Robles, J.A., "De nuevo el control de la IT: Apuntes sobre el RD 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control en los procesos de incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración", *Revista Información Laboral*, núm. 7, 2014.
- Pérez Alonso, M.A., "Los complementos de incapacidad temporal en la Administración del Estado tras el RDL 20/2012", *Revista Doctrina Aranzadi Social*, núm. 4, 2013.
- Rodríguez Iniesta, G., *El control de la incapacidad temporal*, Laborum, Murcia, 2014.
- Tortuero Plaza, J.L., "La reforma de la incapacidad temporal en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre", en AA.VV. (Sempere Navarro, A.V., Dir.), *La reforma laboral del 2010*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

## CRITERIOS Y SISTEMAS DE CLASIFICACIÓN PROFESIONAL: El papel de la negociación colectiva como garante de la equidad salarial de las personas trabajadoras\*

JOB CLASSIFICATION CRITERIA AND SYSTEMS: The role of collective bargaining as a guarantor of pay equity for workers

**Patricia Espejo Megías**

*Profesora Contratada Doctora Interina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Castilla-La Mancha*

[patricia.espejo@uclm.es](mailto:patricia.espejo@uclm.es) ORCID [0000-0001-6151-277X](https://orcid.org/0000-0001-6151-277X)

Recepción de trabajo: 17-02-2023 - Aceptación: 15-03-2023 - Publicado: 22-03-2023

Páginas: 186-215

■ 1. INTRODUCCIÓN. ■ 2. APROXIMACIÓN A LA EVOLUCIÓN DE EUROPA RESPECTO DE LA DISCRIMINACIÓN SALARIAL: BREVE RECORRIDO POR LA NORMATIVA EUROPEA SOBRE LA MATERIA. ■ 3. LA POSTURA DE ESPAÑA EN MATERIA DE IGUALDAD RETRIBUTIVA A PARTIR DE LA PRÁCTICA NEGOCIAL. ■ 4. LOS PLANES DE IGUALDAD: SU IMPULSO A TRAVÉS DEL REAL DECRETO 901/2020. ■ 5. LA TRANSPARENCIA RETRIBUTIVA EN BASE AL REAL DECRETO 902/2020. ■ 6. BREVE CONCLUSIÓN FINAL. ■ 7. BIBLIOGRAFÍA.

\* El presente trabajo es el resultado de la Ponencia realizada por esta autora en el Acto Institucional "Igualdad de las Mujeres" organizada por la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (AEDTSS) sobre "Igualdad de género, sistemas de clasificación profesional y valoración de puestos de trabajo", celebrado el día 4 de marzo de 2021, tras haber sido elegida por unanimidad de la Junta Directiva de la Sección Juvenil de dicha asociación como representante en este importante Congreso Nacional interanual.

## RESUMEN

En este estudio se pretende reflexionar acerca del papel determinante de la negociación colectiva como garante de la igualdad retributiva de las personas trabajadoras, sobre todo, de los reales decretos 901 y 902 de 13 de octubre de 2020, no sin antes detenerme en algunas consideraciones previas sumamente relevantes. El objetivo principal de esta investigación es analizar la clasificación profesional como mecanismo discriminatorio retributivo. Existen otros elementos en juego, tales como la prestación a tiempo parcial del trabajo o la temporalidad como indicio de disminución salarial, que serán objeto de estudio en futuros trabajos.

**PALABRAS CLAVE:** clasificación profesional, valoración de puestos de trabajo, negociación colectiva, igualdad retributiva, brecha salarial de género.

## ABSTRACT

The aim of this study is to reflect on the determining role of collective bargaining as a guarantor of equal pay for workers, especially Royal Decrees 901 and 902 of October 13, 2020, but not before stopping to consider some highly relevant preliminary considerations. The main objective of this research is to analyze professional classification as a discriminatory pay mechanism. There are other elements in play, such as part-time work or temporary work as an indication of a salary reduction, which will be the subject of study in future works.

**KEYWORDS:** work classification, job post valuation, collective bargaining, equal payment, gender pay gap.

## 1. INTRODUCCIÓN

A nadie sorprenderá que afirme que las crisis, la inflación, la depreciación de los salarios, las políticas de austeridad del pasado y la Reforma Laboral del año 2012 no han afectado por igual a hombres que a mujeres. De nuevo, fueron las trabajadoras las que soportaron en mayor medida los efectos nocivos de unas políticas insensibles al género.

Tampoco la crisis sanitaria, económica, social y política que vivimos en la actualidad como consecuencia de la pandemia global iniciada en nuestro país en marzo de 2020 ha afectado por igual a hombres y a mujeres. Pero, si algo ha puesto de manifiesto la COVID-19 son las debilidades estructurales de nuestro mercado de trabajo, en particular las que traen causa de la tradicional división sexual del trabajo, que condena a las mujeres a sufrir brechas tanto en la remuneración de su trabajo como en el resto de condiciones laborales.

Los datos del Sistema Público de la Seguridad Social español ponen de manifiesto cómo la recuperación de los sectores y empleos más afectados por la paralización de la economía tras el estado de alarma y las subsiguientes medidas necesarias para la contención del coronavirus que afectan al mercado de trabajo no ha sido una recuperación equilibrada en clave de género. Los datos oficiales evidencian que la recuperación no ha llegado ni tanto ni tan pronto a las mujeres como a los hombres, situándose la tasa de recuperación de mujeres y de hombres en el 14,6% y en el 42%, respectivamente<sup>1</sup>.

Evidentemente, esta brecha en la recuperación del empleo masculino y femenino responde a la vulnerabilidad que supone la existencia endémica de todas las brechas de género, entre ellas la salarial.

La conjugación del trinomio 'trabajo, salario y mujeres' da como resultado una multiplicidad de desigualdades que corrompen la democracia de las relaciones laborales. Hablar del trabajo de las mujeres obliga a hablar del salario de las mujeres como condición laboral esencial y, por lo tanto, toda situación constatable que muestre un resultado perjudicial a este respecto para las mujeres por el mero hecho de serlo no será sino una evidencia axiomática de la fuerte discriminación laboral por razón de sexo femenino con la que convivimos a diario.

La violencia económica que supone la existencia de un pago desigual a hombres y a mujeres por la realización de trabajos iguales o de igual valor es probablemente la más clara manifestación de la subdiscriminación<sup>2</sup> de las mujeres en uno de los ámbitos más importantes de la vida. Esta desigualdad es, en definitiva, el ejemplo más claro de que eso que las mujeres hacemos vale menos

---

1 [https://www.mites.gob.es/es/sec\\_trabajo/analisis-mercado-trabajo/situacion-mujeres/index.htm](https://www.mites.gob.es/es/sec_trabajo/analisis-mercado-trabajo/situacion-mujeres/index.htm)

2 Término acuñado por Barrère Unzueta, M., *El Derecho Antidiscriminatorio y sus límites. Especial referencia a la perspectiva iusfeminista*, Grijley, 2014, y en otros textos de su autoría.

o no vale nada. Además, la brecha salarial entre mujeres y hombres es una de esas discriminaciones de carácter transversal, en tanto en cuanto, afecta a todos los sectores de actividad, sin excepción.

El porcentaje de brecha salarial en perjuicio de las trabajadoras se sitúa entre el 16% y el 20%, una oscilación que se explica por la existencia de diferentes estudios que toman en consideración diferentes referencias para calcular esta brecha en los salarios de las mujeres y los hombres. Por ejemplo, el Informe de la UGT de 2020 dedicado a la brecha salarial confirma que a brecha salarial “en salario hora” es del 14,2%<sup>3</sup>. Sea como fuere, hablamos de un porcentaje que permanece incólume hasta nuestros días, erigiéndose como el símbolo por excelencia de la violencia que sufrimos las mujeres en el empleo y en la vida. Porque es difícil vivir una vida con dignidad si nuestra capacidad económica y, por tanto, “*nuestra habitación propia*” siempre es menor y de peor calidad por nuestro sexo biológico.

## 2. APROXIMACIÓN A LA EVOLUCIÓN DE EUROPA RESPECTO DE LA DISCRIMINACIÓN SALARIAL: BREVE RECORRIDO POR LA NORMATIVA EUROPEA SOBRE LA MATERIA

Naturalmente, el escenario actual es significativamente diferente al que se enfrentaron las mujeres el siglo pasado. Ya no son las leyes las que directamente nos impiden acceder a los estudios universitarios o a determinadas profesiones. Tampoco somos discriminadas por ley en los trabajos y en los salarios respecto de nuestros colegas varones por el mero hecho de haber nacido mujeres. Por lo tanto, el siglo XXI es sin duda el siglo de la igualdad formal a nivel tanto nacional como supranacional; sin embargo, la igualdad de las mujeres y los hombres en el trabajo sigue siendo un anhelo futuro y no una realidad del presente. Se trata de un reconocimiento expreso que se remonta a los años cincuenta del pasado siglo.

La Unión Europea ha prohibido expresamente desde el propio Tratado Constitutivo de 1957 la discriminación salarial por razón de sexo al consagrar el principio de igualdad de retribución entre trabajadoras y trabajadores para un mismo trabajo, dando cumplimiento, además, al contenido del Convenio núm. 100 de la OIT de 1951 relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor (art. 141)<sup>4</sup>.

Con la firma del Tratado de Maastricht en 1992, la Unión Europea reconoce que la igualdad entre mujeres y hombres constituye un valor fundamental de la Unión que está consagrado en todos los

3 Departamento Confederal de la Mujer Trabajadora de UGT, “Reducir la brecha salarial, la prioridad”, 2020.

4 Pérez del Río, T., “La normativa comunitaria en materia de igualdad de trato y no discriminación por razón de sexo”, Revista jurídica de Castilla-La Mancha, núm. 13, 1991, págs. 385-430.

## CRITERIOS Y SISTEMAS DE CLASIFICACIÓN PROFESIONAL

Tratados y que, por lo tanto, su efectivo cumplimiento ha de ser uno de los objetivos y cometidos de la UE (arts. 2 y 3 apartado 3).

Y por medio del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de 1957, recuperando el antiguo art. 3.2 del TCE, la Unión se fija el objetivo de eliminar todas las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad “en todas sus acciones” (artículo 8 TFUE), configurándose la transversalidad de género en el seno de la Unión Europea, esto es, la incorporación del principio de igualdad entre mujeres y hombres en todas las actividades, acciones y normas de la UE como un objetivo general y prioritario.

Si bien, no será hasta el Tratado de Ámsterdam de 1997 cuando aparezca reconocido expresamente (artículo 141) el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor como un elemento determinante del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres y como una parte esencial e indispensable en la normativa y en la jurisprudencia de la Unión Europea en lo que se refiere a la discriminación por razón de sexo o, para mayor corrección, como señala la profesora María Emilia Casas “*discriminación por razón de sexo femenino*”<sup>5</sup>, aunque esta no venga así adjetivada ni en la Constitución Española ni en los textos internacionales.

Observamos, pues, cómo, si bien el principio de igualdad de retribución para igual trabajo entre mujeres y hombres había quedado recogido ya en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en 1957, no fue hasta 1997, cuarenta años más tarde, cuando el acervo comunitario incluyó el objetivo más amplio de eliminar las desigualdades existentes en los salarios de hombres y de mujeres con situaciones comparables y promover su igualdad material en todas las actividades de la Unión Europea<sup>6</sup>.

Por su parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea prohíbe, como es natural, toda discriminación por razón de sexo y consagra el derecho a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución (artículos 21 y 23).

De hecho, como es por todas y todos conocido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sostenido reiteradamente desde los años setenta<sup>7</sup> la nuclear importancia de garantizar el cumplimiento efectivo del principio de igualdad de retribución blindado en el artículo 141 del Tratado Constitutivo toda vez que se evidenciase que efectivamente dos personas trabajadoras se encuentran en una situación comparable, y, para ello, el TJUE ha venido destacando como factores a considerar sobre

5 Casas Baamonde, M.E., “La igualdad de género en el Estado Constitucional”, Revista de Derecho Social, núm. 88, 2019.

6 Pérez del Río, T., “El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el derecho comunitario”, Cuadernos de derecho judicial, núm. 10, 1997, págs. 47-110.

7 El principio de igualdad salarial se invocó con éxito en la conocida Sentencia de 8 de abril de 1976, en el famoso “Caso Defrenne” (azafata de vuelo Grabrelle Defrenne vs. Société Anonyme Belge de Navigation Aérienne Sabena) a través de una cuestión prejudicial elevada por la Cour du travail de Bruselas en relación con la interpretación de artículo 119 del Tratado CEE. Identificador Europeo de Jurisprudencia: ECLI:EU:C:1976:56.

todo tres: la naturaleza del trabajo, las condiciones de formación y las condiciones laborales propias. Asimismo, es importante que la máxima instancia judicial de la Unión determinase expresamente que “el principio de igualdad de retribución no queda limitado a aquellas situaciones en las que trabajadores y trabajadoras trabajan para un mismo empleador”<sup>8</sup>, entre otras cuestiones. Como es natural, la jurisprudencia que ha alumbrado nuestro Tribunal Constitucional desde los años ochenta ha ido en consonancia con la precitada europea.

Desde luego, el apartado tercero del referido artículo 141 había proporcionado una base jurídica específica para la adopción de medidas comunitarias destinadas a garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades y de igualdad de trato en asuntos de empleo y ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor, no sin dificultades *ab initio* a la hora de aplicarse por medio de los instrumentos colectivos<sup>9</sup>.

A partir de ese momento, Europa aprobó las primeras normas vinculantes de Derecho Derivado sobre igualdad de género, entre las que quisiera destacar la Directiva 75/117/CEE, del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en relación con la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos, que bebe del precitado artículo 141 del Tratado.

Tres décadas más tarde, y con el objetivo de simplificar la legislación comunitaria en materia de igualdad de género y dotarla de coherencia, la Unión Europea aprobó la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación el 5 de julio de 2006, en virtud de la cual se refundían en un solo texto todas las disposiciones en materia de igualdad, entre ellas, la de 1975 sobre igualdad retributiva.

La Directiva Europea de 2006 prohíbe expresamente la discriminación en la retribución y aclara que esta no es solo el salario o sueldo normal de base o mínimo, sino también cualquier otra gratificación abonada directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario a la persona trabajadora en pago de su prestación laboral e incorpora oportunamente el principio de igualdad de retribución para trabajos de igual valor al determinar su artículo 4 que deberá ser eliminado todo atisbo de discriminación directa o indirecta por causa del sexo en cualquier elemento o condición de la retribución de trabajos iguales o de trabajos para a los que se atribuye un mismo valor.

A propósito de ello, la Directiva de refundición, con buen criterio, no pasa por alto la relevancia que tienen los sistemas de clasificación profesional para la configuración de sistemas salariales igualitarios y recuerda que los sistemas y criterios de clasificación profesional de las empresas deberán basarse en criterios comunes a los trabajadores de forma que se excluya toda posibilidad de discriminar al sexo femenino.

8 Considerando número 10 de la Exposición de motivos de la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación el 5 de julio de 2006.

9 Pérez del Río, T., “La problemática salarial en la negociación colectiva”, Revista de Derecho Social, núm. 1, 1998, págs. 179-210.

## CRITERIOS Y SISTEMAS DE CLASIFICACIÓN PROFESIONAL

Además, cabe destacar cómo en su artículo 21, el Parlamento y el Consejo instan al empresariado a presentar con periodicidad adecuada a las personas que prestan servicios en su organización o a su representación legal información adecuada sobre la igualdad del trabajo de los hombres y las mujeres en la empresa incluyendo la proporción de mujeres y de hombres en los diferentes niveles de la organización, los salarios y las diferencias salariales ambos sexos, y alienta a los empresarios a proponer soluciones que mejoren la situación en cooperación con la representación legal de las personas trabajadoras.

Desafortunadamente, el cumplimiento por parte de las empresas de lo preceptuado en el referido artículo 21 ha sido imperceptible en estas dos décadas, a pesar de ser un mandato contenido en una norma de obligado cumplimiento.

Al mismo tiempo, debe recordarse cómo la orientación de las políticas de acción de la Unión Europea en materia de igualdad entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo se había venido ampliando a través de diferentes disposiciones de carácter no vinculante desde los años noventa del pasado siglo<sup>10</sup>. Estas Estrategias y comunicaciones europeas, a pesar de no ser preceptivas, revisten un incalculable valor pedagógico, y demuestran que la igualdad de las personas trabajadoras en el empleo redundaba en favor de la sostenibilidad de la Unión y de un crecimiento económico inteligente.

Por ejemplo, la “Estrategia 2010-2015 para la Igualdad entre mujeres y hombres”, incluye la igualdad retributiva como uno de los objetivos principales a conseguir por la Unión y apuesta por la mejora de la transparencia de los sistemas salariales. La “Estrategia Europa 2020” hace hincapié en la importancia de las políticas públicas de igualdad de género para el crecimiento económico integrador, la prosperidad de la Unión y la competitividad en el mercado global, emplazando a todos los EEMM a poner en marcha medidas concretas para promover el empleo de las mujeres, eliminar la estereotipia de género a nivel educacional y formativo para eliminar, en definitiva, la segregación

---

**10** A destacar: la Estrategia Europea de Empleo (EEE) de 1997 apuntaba a las consecuencias negativas que la discriminación por razón de género tenía en la economía europea; la Comunicación de la Comisión de 2007 sobre la brecha salarial entre mujeres y hombres proponía tímidamente ciertas acciones concretas para combatir esta desigualdad que en la práctica se tradujeron en buenas prácticas para promocionar la igualdad salarial de hombres y mujeres y sus beneficios; la Estrategia 2010-2015 para la Igualdad entre mujeres y hombres, que incluyó la igualdad retributiva como uno de los objetivos principales a conseguir por la Unión y apostó por la mejora de la «transparencia de los sistemas salariales». Pero no solo. Hizo hincapié en la importancia de una mayor participación de las mujeres en el empleo promoviendo medidas eficaces para asegurar un justo equilibrio de los tiempos dedicados al trabajo y a la vida personal y familiar, y dio importancia a las políticas públicas de familia tales como las guarderías públicas, entre otras. Pero, también, la Comisión se comprometió a apoyar y fomentar medidas que permitiesen colaborar con el sector privado (con las empresas) para conseguir aumentar el número de mujeres en puestos de dirección, mando y toma de decisiones; la Estrategia “Europa 2020” para el Empleo, aprobada en 2010 asumió esa finalidad de crecimiento económico inteligente y sostenible a largo plazo que tuviese en cuenta el talento de mujeres y de hombres debiendo para ello procurar de eliminar todas las barreras existentes para la participación de las mujeres en el mercado laboral, aumentando en particular la tasa de empleabilidad femenina. En el Informe “Apoyo de la aplicación de la Estrategia 2010-2015 de la Comisión Europea para la igualdad entre mujeres y hombres” de fecha 6-12-2010” la Comisión se comprometía intensificar las medidas para reducir la brecha salarial entre Mujeres y hombres. Merece también ser destacado el Pacto Europeo por la Igualdad de Género 2011-2020 a través del cual el Consejo Europeo pretende reforzar la gobernanza mediante la incorporación de medidas concretas que aseguren la transversalidad de género.

ocupacional, fomentar la puesta en marcha de planes de igualdad por parte de las empresas estén o no obligadas por su derecho interno, promover el justo equilibrio entre la vida laboral y privada de las mujeres, que todavía sostienen la carga de los trabajos donados de cuidados y domésticos y, en especial, garantizar de forma contundente una misma retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor.

Por su parte, la actual “Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025” reconoce que su objetivo no es otro que conseguir una “Unión de la Igualdad”, presentando nuevos objetivos para avanzar de forma sustancial hacia una Europa más igual, incluyendo actuaciones específicas para reducir las brechas de género.

En junio de 2019, el Consejo Europeo marca la igualdad salarial en la agenda europea e interpela a la Comisión Europea para que elaboren esas medidas concretas vinculantes destinadas a aumentar la transparencia de las retribuciones que acaben con la persistente aplicación fallida del derecho fundamental a la igualdad de retribución y garanticen su igual aplicación en toda la Unión Europea.

La Comisión Europea recoge el guante y presenta a principios de marzo de 2021 una Propuesta de Directiva sobre transparencia retributiva<sup>11</sup> que incluye medidas de transparencia específicas con las que pretende lograr definitivamente que las europeas y los europeos reciban la misma retribución por realizar un mismo trabajo o un trabajo de igual valor. Con esta Propuesta de Directiva, la Unión Europea reconoce expresamente que, a pesar de la existencia de un acervo normativo amplio y consolidado respecto del principio de igualdad de retribución, la falta de transparencia empresarial en esta materia figura como uno de los principales factores explicativos de la falta de cumplimiento efectivo de este derecho ya que la ausencia legal de instrumentos de transparencia concretos y preceptivos ha permitido a las empresas una ocultación de los datos relativos a los salarios de su plantilla y, con ella, la reproducción de las desigualdades retributivas entre los sexos<sup>12</sup>. Con el objetivo declarado de combatir esta discriminación por género en la retribución, esta propuesta de directiva sobre transparencia salarial contempla la posibilidad, entre otras medidas, de sancionar a aquellos que incumplan la igualdad salarial en los centros de trabajo, pero acepta como “válido” hasta un 5% de brecha salarial. Todo está por ver.

La Comisión Europea propone este texto legal transcurrido un año de pandemia de COVID-19 que, como decía al inicio, ha intensificado las desigualdades salariales entre los sexos y ha evidenciado que la existencia de la brecha de género salarial tiene gran repercusión a largo plazo en la vida de las trabajadoras, traduciéndose en una brecha de género de las pensiones y aumentando, en definitiva, las probabilidades femeninas de caer en la pobreza.

---

<sup>11</sup> Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de marzo de 2021, por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su efectivo cumplimiento (2021/0050/(COD)).

<sup>12</sup> Vid. Contexto de la Propuesta: motivaciones de la Propuesta.

Vemos cómo el objetivo de la acción de transparencia de la Unión es, por lo tanto, reforzar, mejorar y aumentar los instrumentos a través de los cuales los Estados miembros venían aplicando el derecho a la igualdad de salarios de trabajos equivalentes habida cuenta de que, tras las últimas evaluaciones de la Comisión (2020) e informes se constata cómo muchos Estados miembros adolecen en la actualidad de una falta evidente de transparencia retributiva que impide o, cuanto menos, dificulta la efectividad del principio de igualdad de las retribuciones entre mujeres y hombres. La finalidad no es otra que la fijación de nuevos mecanismos de transparencia que permitan la detección en tiempo y forma de las discriminaciones por razón de sexo en los sistemas salariales y, como es natural, su consecuente y rápida corrección.

Entre las herramientas de transparencia que la Comisión Europea propone para que dirección y plantilla puedan hacer frente a la discriminación en el trabajo encontramos la preceptiva información empresarial previa a la contratación laboral de cualquier persona sobre los términos exactos de su salario y sobre el índice de brecha de género salarial detectado en su empresa. En segundo lugar, la propuesta refuerza los instrumentos a partir de los cuales las personas trabajadoras pueden hacer valer sus derechos, facilitando, en este sentido, el acceso a la justicia. En tercer lugar, el nuevo texto impide a la dirección de las empresas un requerimiento sobre el historial salarial a quienes se presenten a un proceso de selección. Además, es importante destacar que la norma exige al empresario la facilitación de la información retributiva de forma anonimizada a cualquier persona que preste servicios en su organización y así lo solicite.

En último término, la Propuesta de Directiva adopta una serie de criterios de naturaleza resarcitoria al prever que toda persona que sea efectivamente discriminada por motivos salariales tendrá derecho a ser compensada, es decir, tendrá derecho a percibir una indemnización. El objeto de esta reparación, que debe ser integral, disuasoria y proporcional al perjuicio económico sufrido, es compensar a la trabajadora discriminada por las ganancias dejadas de percibir y por los daños sufridos, restituyéndola a la situación en la que se hubiera encontrado en caso de no haberse vulnerado su derecho a la igualdad de retribuciones desde una perspectiva de género. La norma subraya la importancia de la integridad de la reparación abarcando esta la pérdida de oportunidades, los intereses de demora que pudieran generarse en su caso y, por supuesto, el daño moral padecido<sup>13</sup>.

Además, para aquellos supuestos en los que se de la conducta discriminatoria, y, por tanto, la infracción, sea reiterada, se interpela a los Estados miembros para que establezcan baremos con sanciones específicas, con una indicación de cuáles son las multas mínimas. Otro aspecto importante de la propuesta es el reforzamiento de la inversión de la carga de la prueba en materia de igualdad y no discriminación al tener que ser las empresas, y no quienes trabajan en ellas, las que demuestren la ausencia de discriminación retributiva. Por último, en atención a los problemas específicos que la situación actual de pandemia genera para las empresas, sobre todo, para las pequeñas y medianas

---

<sup>13</sup> Vid. Artículo 14 de la Propuesta de Directiva.

empresas, se establecen mecanismos de proporcionalidad y flexibilidad en la aplicación de las medidas que en el texto se contienen<sup>14</sup>.

## 3. LA POSTURA DE ESPAÑA EN MATERIA DE IGUALDAD RETRIBUTIVA A PARTIR DE LA PRÁCTICA NEGOCIAL

En España, el debate jurídico-político sobre el Principio de Igualdad de trato y de oportunidades y de no discriminación por causa del sexo experimenta avances pero también sufre importantes retrocesos<sup>15</sup>, y su construcción y asentamiento jurídico como un derecho fundamental esencial sobre el que pivoten el resto de derechos constitucionales ha sido y es objeto de fuertes discusiones políticas<sup>16</sup>.

A pesar de los innegables avances en materia de la igualdad de derechos de mujeres y hombres, la desigualdad de las retribuciones económicas por igual o equivalente trabajo en perjuicio de las mujeres no es sino la constatación del machismo que todavía impregna nuestra sociedad y la negociación colectiva no es, evidentemente, ajena a ello. Existe un importante debate sobre igualdad y no discriminación en el ámbito de los sujetos privados que, como es natural, alcanza las lides de la negociación colectiva<sup>17</sup> que se ha mostrado en la cara y en la cruz de la misma moneda pues, a pesar de su potencialidad como una importante vía para combatir las distintas discriminaciones hacia las mujeres en el ámbito de las relaciones de trabajo, ha podido favorecer, en ocasiones, el mantenimiento de esta discriminación.

Mas, a pesar de una andanza no carente de vaivanes, considero que la negociación colectiva queda configurada en nuestro ordenamiento jurídico laboral en el tiempo actual como un instrumento idóneo para la aplicación del principio de igualdad en las relaciones laborales.

La garantía más genuina de la que gozan las personas trabajadoras en relación con su derecho constitucional a no ser discriminadas por razón de su sexo en materia salarial se traduce en una prohibición taxativa de la discriminación retributiva en el derecho español. Esta prohibición de discriminación salarial en las normas con rango de ley, en los reglamentos, en los convenios colectivos y, también, en los contratos de trabajo constituye la base mínima de prohibición de la discriminación

14 Una vez concluido el proceso parlamentario, los Estados miembros dispondrán de dos años para incorporar la Directiva al ordenamiento jurídico nacional y comunicar los instrumentos pertinentes a la Comisión. Transcurridos ocho años, la Comisión Europea deberá efectuar una evaluación de esta Directiva.

15 Casas Baamonde, M.E., "La igualdad de género en el Estado Constitucional", Op. Cit., pág. 51.

16 Pérez del Río, Teresa, *Mujer e igualdad: estudio en material social y laboral: (la evolución de la normativa y la jurisprudencia comunitarias y la jurisprudencia constitucional, 1994-1998)*, Instituto Andaluz de la Mujer, 1999.

17 Alfonso Mellado, C.L. y Fabregat Monfort, G., "Igualdad y discriminación de género en la negociación colectiva", *Arxius de sociología*, núm. 6, 2002, págs. 113 y ss.

salarial en nuestro país pues se trata de la garantía legal mínima de prohibición de las discriminaciones retributivas de carácter “directo”. Este concepto de “discriminación directa” por razón de sexo contenido en nuestro ordenamiento jurídico social se inspira, como es deducible, en el derecho de la Unión Europea antes analizado.

Ahora bien, como recuerda la doctrina más solvente en la materia, la proscripción de toda discriminación salarial directa no significa que no deban de protegerse de forma específica y excepcional aquellas situaciones donde la condición biológica de la mujeres suponga *per se* un trato diferencial y un consiguiente perjuicio salarial, como son los casos de riesgo durante la gestación, el parto, el posparto, la lactancia y el riesgo durante la lactancia (STJCE de 12 de julio de 1984 [Asunto Hofmann, C-184/83] y STC 173/1994, entre otras)<sup>18</sup>. Y es que, como establece el art. 8 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (en lo sucesivo, LOIEMH) todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad constituye un supuesto específico de discriminación directa por razón de sexo y qué duda cabe que el derecho a la igualdad salarial de la trabajadora embarazada, puérpera o lactante resulta vulnerado siempre y en todo caso si se vulnera el precepto antedicho.

El art. 8 y también el 15 de la LOIEMH no son sino la implementación y aplicación de la normativa y la jurisprudencia de la UE sobre discriminación por embarazo consagrada en el art. 2.2c de la Directiva 2006/54, que trae causa de la STJCE de 8 de noviembre de 1990 [Asunto Dekker, C-177/88] que determinó la discriminación directa que suponía la no contratación de una trabajadora embarazada cuando debería constituir un derecho infranqueable y consolidado en nuestro país en la práctica empresarial que ni el embarazo ni el riesgo durante el mismo ningún generen ningún tipo de desequilibrio salarial<sup>19</sup>.

Las discriminaciones salariales de tipo directo son visibles y, por lo común, fácilmente detectables habida cuenta de la correlación inmediata entre la medida diferencial injustificada adoptada y el daño causado. Pero, ¿qué sucede cuando la discriminación salarial no es directa?, ¿a qué tipo de situaciones nos estamos refiriendo? Es más común de lo que a priori puede parecer la proliferación de situaciones aparentemente neutras que esconden prácticas constitutivas de una auténtica discriminación salarial por razón de sexo<sup>20</sup>.

---

18 Rodríguez González, S., La no discriminación retributiva por causa del sexo y del género. Un derecho constitucional laboral específico, Bomarzo, Albacete, 2020, pág. 214.

19 La STS de 24 de enero de 2017 [Rec. 1902/2015] es un claro ejemplo que evidencia cómo cuando se trata de la percepción de retribuciones de carácter no consolidable la desprotección de la trabajadora embarazada en todavía mayor. El fallo de la sentencia reconoce el derecho de una médica interna residente en un hospital público a recuperar con carácter retroactivo las cuantías salariales correspondiente a todas las guardias que no pudo realizar durante su situación de riesgo durante el embarazo.

20 Ballester Pastor, M.A., La discriminación retributiva por razón de sexo. Brecha salarial y desigualdades de género en el mercado de trabajo, Bomarzo, Albacete, 2018, pág. 36.

Ya en los años ochenta, la Unión Europea mostró su preocupación por estas conductas formalmente ecuanímes, e incorporó una primera definición de discriminación indirecta al decir que existirá toda vez que una práctica aparentemente neutral perjudique de un modo desproporcionado a las personas de uno u otro sexo (art. 5 de la propuesta de Directiva de 24 de mayo de 1988). A partir de ahí, la normativa europea (Directiva 97/80/CE, de 15 de diciembre, relativa a la inversión de la carga de la prueba, en el art. 2.2.) y la española (LOIEMH, en su art. 6.2.) han blindado el derecho al desempeño de un empleo sin sufrir discriminaciones de tipo indirecto al prohibir expresamente disposiciones, criterios o prácticas aparentemente neutros que pongan a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, a excepción de los casos en que esas disposiciones, criterios o prácticas puedan justificarse “de forma objetiva” en atención a una “finalidad legítima” y que “los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados”.

En este orden de consideraciones, y sin perjuicio de esta protección formal en el plano europeo y en nuestro ordenamiento interno, los datos oficiales muestran cómo queda todavía un largo camino por recorrer para erradicar de manera real y efectiva este tipo de conductas constitutivas de una discriminación retributiva inaceptable, que se naturaliza y expande como consecuencia de su naturaleza silenciosa y encubierta. Estos criterios y prácticas profesionales formalmente igualitarios son igual de discriminatorios en sus efectos que los que discriminan de forma directa a las trabajadoras y el perjuicio que causan puede ser, incluso, mayor. La apreciación de la discriminación indirecta se complejiza en tanto en cuanto requiere la comprobación y evaluación estadística de las consecuencias nocivas que genera la medida “neutra”, comparando los efectos por grupos y categorías. Esta necesaria huida de la valoración del perjuicio a nivel únicamente individual dificulta su definitiva constatación. Recordemos los instrumentos que tanto la normativa europea como la española incluyen para excluir de la prohibición de discriminación indirecta una disposición, una práctica o un criterio que sitúe en una situación de desventaja a una persona de un sexo respecto a una del otro: justificación objetivable, finalidad legítima y proporcionalidad de los medios.

Así las cosas, necesitamos responder en este punto del análisis a la pregunta lanzada previamente: ¿a qué tipo de situaciones nos referimos cuando hablamos de discriminaciones salariales indirectas? Hemos visto, de forma muy breve, cómo la situación biológica de las trabajadoras (embarazo y maternidad) genera toda una serie de discriminaciones de tipo directo. Ahora, debemos de responder a la pregunta de si los trabajos de cuidados vitalicios que supone traer una criatura al mundo provocan discriminaciones retributivas indirectas en perjuicio de las mujeres. Expertas en esta problemática aseguran que así es<sup>21</sup>. Las dificultades para pactar adaptaciones de jornada con las empresas y la irremediable opción involuntaria por reducciones de jornada y excedencias por parte de las trabajadoras en una proporción significativamente mayor a la de los varones origina una pérdida salarial real en perjuicio de ellas que solo puede ser considerada una discriminación retributiva.

Por lo tanto, los trabajos de cuidados, hoy por hoy feminizados, penalizan a las trabajadoras que

21 Sáez Lara, C., “Igualdad de retribución por razón de género y prohibición de discriminación por embarazo y maternidad”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 7, 2018, págs. 688 y ss.

ven mermado su poder adquisitivo y lastrada su promoción profesional, lo que, a la postre, acrecienta la pérdida salarial, constituyendo un supuesto innegable de discriminación retributiva de carácter indirecto. Si bien, en el presente trabajo centraremos el análisis en la discriminación indirecta que trae causa de la incorrecta valoración de los puestos de trabajo.

La estructuración laboral se concreta a través de diferentes sistemas y criterios clasificatorios cuya función ha de ser la ordenación imparcial y ecuaníme de la prestación del trabajo subordinado para lo que deberán estar basados, en todo caso, en indicadores que tomen como referencia el principio informador de a igual trabajo, igual valoración y a igual valoración, igual categoría<sup>22</sup>. Sin embargo, la doctrina laboralista más relevante viene denunciando cómo buena parte de los supuestos discriminatorios en materia salarial se producen precisamente a partir de los sistemas y de los criterios de clasificación profesional<sup>23</sup>.

Pero, vayamos por partes. ¿Qué implica clasificar el trabajo? Según el Diccionario de la RAE, clasificar significa “ordenar y disponer por clases”. Así pues, la función de la clasificación profesional es, con carácter general, la ordenación del trabajo “por clases”. Por lo tanto, la clasificación profesional es una categoría jurídica ensamblada con la división del trabajo que debería garantizar que dicha estructuración del trabajo se sustenta sobre sólidos parámetros objetivos que aseguran una neutralidad desde el punto de vista del sexo y del género.

La sistematización y concreción de estas categorías, grupos, funciones y niveles profesionales tanto a nivel contractual como convencional deben ser en la práctica un muro de contención fuerte a un uso abusivo por parte del empleador o empleadora de sus amplias facultades directivas ya que a través de los sistemas y criterios clasificatorios la persona que ostente la dirección de la empresa no podrá asignar tareas más allá de la categoría laboral convenida. Ahora bien, debemos recordar que tanto la clasificación profesional (art. 22 ET) como la movilidad funcional (art. 39 ET) constituyen el corazón del poder de dirección empresarial. La clasificación representa el aspecto estático de la ordenación del trabajo a partir de la determinación de distintas categorías, grupos, funciones y niveles retributivos y la movilidad funcional permite su dinamicidad<sup>24</sup>.

Así las cosas, es absolutamente necesario que la prohibición de discriminación por razón de sexo opere realmente como límite a la libre discrecionalidad empresarial respecto de su *ius variandi* en materia de retribución y de promoción profesionales, como condiciones de especial sustancialidad dentro del abanico de condiciones laborales que quedaron, por cierto, a merced de la dirección de la empresa por mor de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de Reforma laboral.

22 Alemán Páez, F., Consideración teóricas sobre los elementos de la clasificación y los sistemas de encuadramiento: hacia una comprensión político-estructural de los sesgos discriminatorios por razón de sexo y género, AAVV (Dir. Garrigues, A.), Reus, 2017, pág. 21.

23 Pérez del Río, T., El principio de igualdad: no discriminación por razón de sexo en el derecho del trabajo, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1984; Quintanilla Navarro, B., Discriminación retributiva: diferencias salariales por razón de sexo, Marcial Pons, 1996, pág. 190; Alemán Páez, F., “El encuadramiento profesional”, Revista del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1995, págs. 59 y ss.

24 Valdés de la Vega, B., La profesionalidad del trabajador en el contrato laboral, Trotta, 1997.

## CRITERIOS Y SISTEMAS DE CLASIFICACIÓN PROFESIONAL

Sea como fuere, si la determinación de las categorías laborales no se ha llevado a cabo conforme a verdaderos criterios objetivos y neutros ello abrirá la puerta a desigualdades por causa del sexo que probablemente se traduzcan, como así sucede, en discriminaciones indirectas en perjuicio de las mujeres. Y es que, entre los criterios y sistemas de valoración de los grupos y categorías laborales se observa todavía cierta resistencia de la negociación colectiva a acabar con la tradicional estereotipia subyacente en la acción de fijación de estos criterios clasificatorios.

Las consideraciones descritas hasta ahora evidencian cómo la clasificación profesional de las trabajadoras y los trabajadores en diferentes grupos y categorías laborales es una institución jurídico-laboral que cumple una función central en la organización del trabajo subordinado pues de ella depende el trato justo de mujeres y hombres según determinadas condiciones personales y sociales irrenunciables.

La clasificación laboral es, en definitiva, el eje medidor a partir del cual cada persona trabajadora tendrá un sistema retributivo determinado. Y como la ordenación salarial se ejecuta en base a la clasificación profesional, resulta una institución clave a la hora de acabar con la brecha salarial entre mujeres y hombres.

Hasta finales del siglo pasado, la negociación colectiva ha prestado poca atención a las cuestiones relativas a la igualdad entre mujeres y hombres. El número de convenios colectivos hasta 2007 que contienen cláusulas referidas a la prevención de las discriminaciones hacia las mujeres en el acceso al empleo, en la clasificación profesional y en las condiciones de trabajo, en particular, las salariales no es precisamente elevado. Con ello no quiero decir que la preocupación de la negociación colectiva se sitúe únicamente a partir del año 2007. Sin embargo, es un hecho que lo preceptuado por la LOIEMH en este sentido condujo a una mejor y mayor atención por parte de la negociación colectiva al problema de la discriminación retributiva entre trabajadoras y trabajadores.

Las discriminaciones indirectas traspasan los sistemas de clasificación profesional, la metodología de valoración de los puestos de trabajo y las reglas de promoción profesional al primar valores asociados a la distribución estereotipada del lugar que mujeres y hombres debemos ocupar en la vida, en general, y en el trabajo, en particular.

La observación empírica en base a un cotejo analítico convencional en las últimas décadas del pasado siglo y en los albores del siglo XXI llama la atención sobre la existencia de importantes inercias respecto de la forma en la que se venían valorando los puestos de trabajo y fijando las retribuciones. Los factores a partir de los cuales se diseñan los sistemas de clasificación profesional beben del propio sistema patriarcal en el que vivimos, mostrándose como un obstáculo al alcance de la plena y real igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el marco de las relaciones laborales.

El año 2007 supuso un punto de inflexión importante en la negociación colectiva de convenios que contuviesen medidas que diesen cumplimiento real al derecho humano fundamental que es la igualdad de trato y de oportunidades y la no discriminación por razón de sexo a propósito de la relación laboral. La LOIEMH consiguió la integración de la dimensión de género en la totalidad de los ámbitos jurídicos y articuló un nuevo marco normativo donde se reconoce a la negociación colectiva

como una herramienta idónea para el establecimiento de medidas de acción positiva que favoreciesen el acceso de las mujeres al empleo y que permitiesen la aplicación real y efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo entre mujeres y hombres, reforzando de forma sustancial lo preceptuado en el art. 14 de nuestra Carta Magna. El art. 43 LOIEMH conseguiría dotar de cierto dinamismo a una negociación colectiva que había permanecido en parte silente en lo relativo a la igualdad de los sexos en asuntos de retribución, para que se ocupase y (pre)ocupase por que acceso de las mujeres y los hombres a los trabajos, sus condiciones de desarrollo y su promoción se realizase en auténticas condiciones de igualdad.

La LOIEMH es una norma ambiciosa que se proyecta no solo en el plano jurídico sino sobre los diferentes ámbitos sociales, incardinando su aplicación en las relaciones del trabajo como un objetivo destacado. Y para corregir la apremiante desigualdad que existe en el ámbito de las relaciones laborales se apoya en la negociación colectiva dejando que sean las partes las que libremente acuerden el contenido de los planes de igualdad. Por tanto, no cabe duda de que la LOIEMH otorga a la negociación colectiva un papel esencial en la lucha por la igualdad real de las condiciones laborales de mujeres y hombres y, en particular, en lo que se refiere a la igualdad salarial, evidenciando la esencialidad de la clasificación profesional como elemento determinante no solo en la retribución sino también en la promoción profesional<sup>25</sup>.

A partir de esa fecha, se comienzan a incluir en la negociación de los convenios colectivos y en la negociación de los primeros planes de igualdad dos cuestiones relativas al derecho a la igualdad de trato y de oportunidades de mujeres y hombres en el trabajo que acapararán toda la atención negocial en una primera etapa. De un lado, se (re)formula la conciliación de la vida personal, familiar y laboral como aspecto a tener en cuenta en la concreción convencional del tiempo de trabajo de las personas trabajadoras, aspecto que toma fuerza transcurrida casi una década desde la aprobación de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. De otro lado, se traslada el mandato legal respecto de la elaboración y aplicación de los planes de igualdad a la negociación colectiva sectorial en consideración de su importancia para lograr la igualdad material de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en las empresas, a la sazón, las de más de doscientas cincuenta personas en plantilla.

Los planes de igualdad constituyen claramente la principal novedad de la LOIEMH, configurándose como una suerte de especialización de la negociación colectiva y un instrumento clave para contribuir de forma eficaz a la reducción de las desigualdades salariales entre mujeres y hombres. Si bien, la referencia a la negociación colectiva a través de los planes de igualdad en las empresas no es unívoca ya que se comparte con técnicas de responsabilidad social corporativa.

No obstante, el protagonismo de las cláusulas relativas a la clasificación profesional en los convenios colectivos no fue el esperado aun a pesar de la aprobación de la LOIEMH, de que esta fue-

---

<sup>25</sup> Garrigues Jiménez, Amparo (Dir.), *Clasificación profesional y discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva: un análisis multi e intersectorial*, Reus, 2017, pág. 13.

se contenido esencial de los planes de igualdad y de que la doctrina académica y jurisprudencial coincidiese en reconocer que la discriminación salarial hallaba allí, en los sistemas de clasificación profesional, su más destacado aliado, alertando de la perversión que suponía la existencia de estas discriminaciones indirectas o “directas ocultas” en el seno de los sistemas y criterios de clasificación profesional<sup>26</sup>.

Según se aprecia, las pocas referencias a la discriminación en los convenios colectivos post 2007 que alberga la clasificación profesional tienen que ver con la discriminación del lenguaje al nombrar las categorías profesionales que se muestran claramente estereotipadas. Naturalmente, la crisis financiera mundial iniciada en 2007-2008 y las reformas laborales acaecidas en España entre 2010 y 2012, sobre todo y fundamentalmente la introducida por Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, tienen una repercusión directa en la materia que nos ocupa que escapan del objeto de estudio del presente trabajo pero que no debemos olvidar.

Ya en el año 2015, las principales organizaciones sindicales y empresariales de nuestro país suscribían el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva para los años 2015-2017. Menciono este tercer AENC porque me parece importante que ponga el acento en el aumento significativo de la desigualdad de género en el empleo y en una preocupante apertura de la brecha salarial de género y que reconozca expresamente que “el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación en el empleo y en las condiciones de trabajo se debe configurar como un objetivo fundamental de la negociación colectiva”. De acuerdo con este planteamiento, no es de extrañar que este tercer acuerdo haga hincapié, al fin, en la necesaria introducción de ciertos criterios en materia de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres que sean al fin tenidos en cuenta a la hora de negociar los convenios colectivos, entre otros: incorporación de cláusulas de acción positiva en pro de la igualdad real y efectiva; establecimiento de sistemas de selección, clasificación, promoción y formación que respeten el Principio de igualdad; eliminación de denominaciones sexistas en la clasificación profesional y subsanación de las diferencias retributivas por causa del sexo y del género.

En este orden de consideraciones, me parece importante vindicar que las Cláusulas de Garantía Salarial que albergan estos acuerdos sean vistas por los agentes sociales implicados como un instrumento que no solo asegure el poder adquisitivo de la clase trabajadora desde un punto de vista neutro sino que ayude a las mujeres a recuperar su capacidad económica, dañada durante tantas décadas.

Y así, tras este recorrido, llegamos a la aprobación 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 ocupación<sup>27</sup>, que es el que luego desarrollan los reglamentos 901 y 902 que analizaremos *a posteriori*. Este Real Decreto-ley pone encima de la mesa los discretos resultados de la aplicación de las medidas contempladas en la LOIEMH, medidas que considera “de naturaleza fun-

<sup>26</sup> Lousada Arochena, J.F. (Dir.), El principio de igualdad en la negociación colectiva, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008, págs. 191 y ss.

<sup>27</sup> 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 ocupación (BOE 07.03.2019).

damentalmente promocional o de fomento”, y reconoce la persistencia de unas “desigualdades intolerables en las condiciones laborales de mujeres y hombres”<sup>28</sup>, resultando necesaria la elaboración de un nuevo texto articulado integral y transversal en materia de empleo y ocupación que contenga las garantías necesarias para hacer efectivo el principio de igualdad de trato con base a los arts 9.2 y 14 de nuestra Carta Magna.

El Real Decreto-ley 6/2019 parte de la premisa de que la situación de desigualdad por razón de género es visible, sobre todo, en la brecha salarial, que no ha sido reducida en los últimos años, considerándola el paradigma de la violencia hacia las mujeres en el ámbito de las relaciones laborales en la medida en que la mitad de la población está sufriendo una fuerte discriminación que vulnera sus derechos fundamentales y ello exige una actuación urgente por parte del Estado. Esta ley reconoce de forma categórica que el derecho a la igualdad de oportunidades entre los sexos supone su equiparación en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de las obligaciones de tal forma que existan las condiciones necesarias para que su igualdad sea efectiva en el empleo y la ocupación.

A tal fin, el Real Decreto-ley 6/2019 contiene siete artículos que se corresponden con la modificación de siete leyes cuyo impacto en la igualdad entre mujeres y hombres es directo. De estas modificaciones, interesa en este trabajo destacar la operada en el artículo 45.2 LOIEMH referido al deber de las empresas que tengan más de cincuenta personas en plantilla de elaborar y aplicar un plan de igualdad que deberá ser en todo caso objeto de negociación. Pero es que también deberá ser ahora negociado el diagnóstico de situación previo y en sus contenidos habrá de incluirse una auditoria salarial entre mujeres y hombres. Asimismo, se crea un Registro de Planes de Igualdad de las Empresas, como parte de los Registros de convenios y acuerdos colectivos de trabajo dependientes de la Dirección General del Trabajo de Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social y de las Autoridades Laborales de las Comunidades Autónomas quedando las empresas obligadas a inscribir en él sus planes de igualdad.

Igualmente significativo a los efectos del presente trabajo es el nuevo artículo 9.3 ET que establece que en caso de nulidad por discriminación salarial por razón de sexo, la persona trabajadora tendrá derecho a la retribución correspondiente al trabajo igual o de igual valor. Por su parte, el artículo 28 ET reconoce expresamente la igualdad de remuneración por razón de sexo y obliga al empresariado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución. Además, el citado precepto aporta acertadamente una definición de trabajos de igual valor que analizaremos más adelante en consonancia con lo preceptuado por el Real Decreto 902/2020. El referido precepto obliga a las empresas a elaborar un registro con los valores medios de los salarios, los complementos salariales y las percepciones extrasalariales de su plantilla, siempre de forma desagregada, por sexos, y distribuida por grupos profesionales, categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor.

Conviene, en este punto, alertar de la importancia de incluir de forma taxativa y rigurosa los valores medios de los complementos salariales pues su desatención ha provocado, en buena medida, el

---

28 Exposición de Motivos del Real Decreto 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

“refuerzo” e, incluso, la elevación de la brecha salarial entre mujeres y hombres. Esto es así, en tanto en cuanto, según los datos oficiales, las mujeres cobran menos en concepto de complementos salariales lo que hace que esta brecha se sitúe en torno al 16% si se computa únicamente el salario base, pero que se incremente hasta el 26% si se analizan los complementos salariales percibidos por cada uno de los sexos<sup>29</sup>.

De igual forma, se modifica el artículo 64.3 ET para reconocer el derecho de las personas trabajadoras a recibir información, al menos anualmente, relativa a la aplicación en la empresa del derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en la que deberá incluirse el registro antedicho (artículo 28.2 ET) y los datos sobre la proporción de mujeres y hombres en los diferentes niveles profesionales, así como, en su caso, sobre las medidas que se hubieran adoptado para fomentar la igualdad entre mujeres y hombres en la empresa y, de haberse establecido un plan de igualdad, sobre la aplicación del mismo. Asimismo, se encomienda al comité de empresa el ejercicio de una labor de vigilancia del respeto y aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, especialmente en materia salarial.

En este escenario, un año más tarde de la entrada en vigor del precitado Real Decreto-ley, el Consejo de Ministras y Ministros aprueba dos importantes normas en la lucha contra la discriminación salarial indirecta: los Reales Decretos 901 y 902, de 13 de octubre de 2020. Estos dos reglamentos suponen su desarrollo reglamentario en las dos cuestiones clave: planes de igualdad y transparencia retributiva, dotando a nuestro ordenamiento jurídico de medidas específicas para procurar que la efectividad del principio de igualdad y no discriminación entre mujeres y hombres en el marco de las relaciones de trabajo pueda ser una realidad más pronto que tarde. Se trata de medidas y criterios concretos que sin duda dificultan las posibilidades de considerar el sexo o los enfoques estereotipados basados en el género a la hora de fijar criterios retributivos.

Por lo tanto, se trata de dos reglamentos que vienen a desarrollar aspectos esenciales de la normativa de igualdad vigente en nuestro país, es decir, la LOIEMH 3/2007 y el Real Decreto-ley 6/2019 y reviste especial importancia que sean fruto del diálogo social entre el gobierno, a través de los Ministerios de Trabajo y de Igualdad, y las organizaciones sindicales más representativas.

Resulta conveniente reparar en el hecho de que los epígrafes que siguen guardan una absoluta relación causa-efecto en la medida en que la clasificación profesional es contenido esencial de los planes de igualdad de las empresas y en que la incorrecta clasificación de los grupos y sistemas profesionales y una sesgada valoración de los puestos de trabajo la combinación perfecta para que pueda perpetuarse sutilmente la brecha salarial en perjuicio del sexo femenino. Dicho esto, y sin perjuicio de algunas consideraciones conjuntas, trataremos de analizar separadamente ambas normas y las medidas que contienen.

29 INE. Encuesta cuatrienal de estructura salarial. Composición del salario bruto mensual. Datos correspondientes al año 2020 (últimos publicados). Puede consultarse en: [https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica\\_C&cid=1254736177025&menu=ultiDatos&idp=1254735976596](https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736177025&menu=ultiDatos&idp=1254735976596)

## 4. LOS PLANES DE IGUALDAD: SU IMPULSO A TRAVÉS DEL REAL DECRETO 901/2020

Como avanzábamos, los planes de igualdad serían en el año 2007 la gran apuesta del legislador de la LOIEMH para conseguir una mejora notoria en las condiciones laborales de las trabajadoras de este país. El fin último de los planes de igualdad creados con la LOIEMH era acabar con la discriminación laboral por razón de sexo cuyo exponente más claro era y es, como ya se ha señalado, la brecha salarial. Una discriminación salarial que podría ser definida como “la parte de esa diferencia que no queda justificada por una distinta aportación de valor en el desempeño de un trabajo igual o de igual valor y que solo puede ser explicada en función del sexo de la persona que lo realiza<sup>30</sup>. Se trata de una brecha en la que no olvidemos influye todo un conjunto de discriminaciones hacia las mujeres que se dan cita en el mercado de trabajo todavía en pleno siglo XXI: altas tasas de parcialidad, temporalidad y rotación en el empleo, infravaloración, segregación horizontal, segregación vertical y falta de corresponsabilidad familiar, empresarial y social y estatal, entre otras.

En este orden de consideraciones, y transcurridas casi dos décadas desde la entrada en vigor en España de la LOIEMH, estamos en condiciones de valorar su impacto real en las brechas laborales, afirmando que no ha sido precisamente el esperado. Las cuestiones, dudas y lagunas legislativas encontradas por los responsables de su efectivo cumplimiento, esto es, los agentes sociales, impidieron el logro de “auténticos planes de igualdad”<sup>31</sup>. Así las cosas, el Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro (en adelante, RD 901/2020)<sup>32</sup> declara de forma expresa que su finalidad es precisamente la mejora y el fortalecimiento de la regulación de los planes de igualdad, incluido su registro. La nueva regulación de los planes de igualdad viene a corregir buena parte de las deficiencias advertidas en este dilatado periodo de funcionamiento de los planes de igualdad puestos en marcha de acuerdo con las reglas y requisitos previstos en la LOIEMH.

Desde el 1 de marzo de 2019, en virtud del Real Decreto-ley 6/2019 analizado *supra*, las empresas con cincuenta personas en plantilla (con inclusión de las personas trabajadoras que hayan sido puestas a disposición por empresas de trabajo temporal) quedaban obligadas a negociar, elaborar e implementar un plan de igualdad. Aun reconociendo que esta extensión de la exigencia de negociación de los planes de las empresas que tengan doscientas cincuenta personas en plantilla a las

30 Plan estratégico de igualdad de oportunidades (años 2014-2016).

31 Serrano Gil, J.M., “La nueva regulación de los planes de igualdad, en AA.VV. (Dir. Nieto Rojas, P.) Acciones públicas y privadas para lograr la igualdad en la empresa, Dykinson, Madrid, 2021, pág. 48.

32 Real Decreto 901/2020 de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro (BOE 14.10.2020), que modifica, a su vez, el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo (BOE 12.06.2010) tiene como finalidad la mejora y el fortalecimiento de la regulación de los planes de igualdad y también su registro, modificándose a tal efecto, también, el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo (BOE 12.06.2010).

que tengan cincuenta no es baladí, no tiene ninguna razón de ser condicionar por más tiempo la efectividad práctica de un derecho fundamental tan importante como es la igualdad a la dimensión de los lugares donde se despliega.

En este sentido, primero de todo, cabe destacar que el RD 901/2020 obliga de forma directa a las empresas a cumplir fielmente con el principio de igualdad de trato y de oportunidades en el empleo, independientemente del número de personas en plantilla, al decir expresamente que las empresas debieran adoptar, previa negociación, medidas que eviten la discriminación entre hombre y mujeres y promuevan condiciones de trabajo que impidan situaciones de acoso sexual y de acoso por razón de sexo (art. 2). Ahora bien, ¿no había ordenado la LOIEMH esto mismo en sus arts. 45 a 49?; ¿qué diferencia o mejora aporta este Real Decreto? Efectivamente, desde el año 2007, en virtud de la LOIEMH, se exigía a las empresas la puesta en marcha de medidas tendentes a prevenir o eliminar las diferentes manifestaciones de la discriminación entre los sexos en la empresa.

La mejora se halla, en primer lugar, en la claridad con la que el RD 901/2020 subraya que “todas las empresas”, sin excepción, deben de poner en funcionamiento este tipo de medidas antidiscriminatorias, más allá del acoso. Por lo tanto, desde octubre de 2020 podemos afirmar que todas las personas, trabajen donde trabajen, gozan de protección frente a las discriminaciones laborales desde una perspectiva de sexo.

Naturalmente, existe una diferencia significativa entre trabajar en una empresa que haya negociado un plan de igualdad y en una que no. La protección mencionada no es la misma. Las garantías que la efectiva aplicación de un plan de igualdad por parte de la empresa supone para las personas que prestan servicios en ella marca esa diferencia. Es por ello que no parece que tenga sentido alguno seguir condicionando el derecho a la igualdad de trato y oportunidades en la empresa a su dimensión, sobre todo en un país cuyo tejido empresarial está formado fundamentalmente por pequeñas empresas<sup>33</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, conviene subrayar que tener una dimensión inferior a las cincuenta personas en plantilla que exige la normativa vigente no impide a las empresas decidir *motu proprio* la adopción de un plan de igualdad. Esta iniciativa empresarial supondría un cambio sustancial en el escenario presente, habida cuenta de que los planes de igualdad que nos seguimos encontrando son los obligatorios, bien por la dimensión descrita, bien por exigencia expresa del convenio colectivo que le sea de aplicación o como conmuta de una sanción por parte de Inspección de Trabajo. De hecho, desde marzo de 2007, estas eran las dos únicas vías por las que las empresas españolas que no tenían la obligación legal de adoptar un plan (recordemos: empresas de más de 250 trabajadoras en un país con un 99,8% de pequeñas empresas) podían quedar dentro del ámbito objetivo de la ley.

Queda patente la importancia de comprobar si una empresa cumple o no con el referido requisito legal (número de personas trabajadoras en plantilla). Por lo tanto, resultaba necesario que la

---

<sup>33</sup> En España, las pymes suponen el 99,8% de las empresas, representan poco más del 62% del Valor Añadido Bruto (VAB) y el 66% del empleo empresarial total. Véase los datos en: <https://industria.gob.es/es-es/Servicios/MarcoEstrategicoPYME/Marco%20Estrat%C3%A9gico%20PYME.pdf>

normativa española determinara sin ambages cuándo se debe hacer ese cómputo, su periodo de validez y, por supuesto, quiénes son los sujetos legitimados para ello.

Estos interrogantes han sido resueltos con buen criterio por el RD 901/2020. Así, por ejemplo, en relación con el momento en el que contabilizar el número de personas trabajadoras de cada empresa, la norma establece el último día del mes de junio y del mes de diciembre para los supuestos en los que una empresa no lo haya llevado a cabo, bien *motu proprio*, bien a instancia de la RLT. Esta cierta periodicidad en el “(re)cálculo” es fundamental porque saber con certeza que el número de personas en plantilla supera el umbral descrito va a determinar la exigencia inmediata de negociación de un plan de igualdad. La cuestión plantea una problemática mayor. Esto es, determinar quienes están legitimados para solicitarlo puede parecer sencillo, a priori, pues lo razonable es pensar que esta facultad le pertenece, por supuesto, a quien la tiene para negociar, es decir, la RLT. Sin embargo, no en todas las empresas va a existir esta representación legal de la clase trabajadora y en todos esos casos el asunto se complejiza ya que parece ineluctable que gocen de legitimación para exigir a la empresa el cumplimiento de este deber los sindicatos más representativos a nivel estatal o del sector en cuestión, que son los sindicatos precisamente los sindicatos legitimados para formar parte de la comisión negociadora, que, a continuación, veremos, la Inspección de Trabajo o el órgano judicial previa denuncia por parte de los propios trabajadores y trabajadoras del incumplimiento empresarial en este sentido<sup>34</sup>.

Mencionábamos, también, la necesidad de resolver las dudas en relación con el periodo de validez de este cómputo y ello importa en la medida en que podría ocurrir que el número de personas trabajadoras se aminore una vez se hayan iniciado las negociaciones para suscribir el plan de igualdad. La norma dispone que esta posibilidad no interferirá en la obligación de negociar el plan, como tampoco lo hará una disminución de la plantilla de una empresa por debajo de las cincuenta personas durante toda la vigencia del plan, en todo caso, cuatro años.

Resueltas estas dudas, es hora de centrarnos en la obligación de “negociar” un plan de igualdad. Este aspecto es crucial. No es sino a partir de la entrada en vigor del RD 901/2020 que los planes de igualdad han de ser obligatoriamente “negociados” entre la representación legal de la empresa y los sindicatos o la representación legal de las personas trabajadoras en la empresa. A tal fin, deberá constituirse una comisión negociadora en la que habrán de estar representadas las empresas y las personas trabajadoras de forma paritaria, a través de sus representantes legales. Como es natural, la presencia suficiente de ambas partes en el órgano negociador pretende, de un lado, compensar la asimetría de poder entre la dirección de la empresa y su población asalariada y, de otro, solventar la falta de bilateralidad de los acuerdos colectivos, entre otras cuestiones.

En este orden de consideraciones, nos encontramos, de nuevo, con diversos escenarios. El primero, si en la empresa hay comité de empresa, delegadas y delegados de personal o secciones sindicales, en cuyo caso, serán estos quienes, como regla general, participen en la comisión negociadora

34 Serrano Gil, J.M., “La nueva regulación de los planes de igualdad”, Op. Cit., pág. 51.

del plan de igualdad. Ahora bien, hay que tener en cuenta que el artículo 5 del Real Decreto 901/2020 establece que, en todo caso, si las secciones sindicales suman la mayoría de los miembros del comité de empresa o la mayoría entre las delegadas y delegados de personal y acuerdan su intervención en la negociación del plan esta les corresponde (todo ello en relación con las reglas del art. 89 ET o del 87 ET si se trata de grupos de empresa).

El segundo escenario se presentaría a partir del elemento “dimensión de la empresa”, esto es, ante la ausencia en la empresa de las referidas representaciones legales de las personas trabajadoras. En este caso, el art. 5.3 del reglamento prevé la creación de una comisión negociadora, cuya composición de la parte social correspondería a los sindicatos más representativos y a los sindicatos más representativos del sector al que pertenezca esa empresa que no son otros que los que ostenten legitimación para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo aplicable. Esta comisión se denominará comisión sindical. Esta representación sindical naturalmente deberá ser proporcional a la representatividad en el sector de actividad al que pertenezca la empresa y habrá de garantizarse la presencia en la comisión negociadora de todos los sindicatos legitimados que respondan a la convocatoria en tiempo y forma<sup>35</sup>.

La previsión por parte del Real Decreto 901/2020 de legitimación negociadora a los sindicatos más representativos o más representativos del sector en aquellos supuestos en los que no exista en la empresa ni Comité de empresa, ni delegadas o delegados de personal, ni secciones sindicales ha recibido la oposición de la patronal<sup>36</sup>. Desde un primer momento, la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (en adelante, CEOE) se postuló para que en aquellas empresas donde no existiese ningún tipo de representación legal de las personas trabajadoras fueran estas quienes, constituidas en comisiones *ad hoc*, negociasen los planes de igualdad por la parte social en estos casos. La postura de CEOE en contra del reconocimiento de la representación democrática de los sindicatos en nuestro país ha llegado hasta el punto de impugnar el Real Decreto 901 ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo. La patronal solicitaba la nulidad del art. 5.3, precepto por el cual se otorga a los sindicatos más representativos y a los sindicatos más representativos del sector la representación legal de las personas trabajadoras en aquellas empresas en las que, en ausencia de elecciones sindicales, no existan comités de empresa o delegados/as de personal.

Recientemente, el Alto Tribunal ha dado su respaldo al Reglamento de los planes de igualdad desestimando el recurso interpuesto por la CEOE en 2020 contra el RD 901/2020 en Sentencia de 28 de marzo de 2022<sup>37</sup>, confirmando que los sindicatos más representativos y representativos del sector están legitimados para negociar los planes de igualdad. El Tribunal Supremo rechaza la infracción del principio de reserva de ley denunciada en tanto en cuanto el citado art. 5.3 traslada y adapta las

35 Con ello se evita que se aplique la regla de la “comisión ad hoc” del art. 41.4 a) ET, un tema central que por su importancia y complejidad será analizado en un futuro trabajo.

36 Vid. Artículo 53 del Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, sobre planes de igualdad.

37 ID CENDOJ: 28079130032022100070. Nº de Recurso: 359/2020.

previsiones del ET y de la LOIEMH a la hora de establecer la comisión negociadora. Así, resulta plenamente aplicable lo dispuesto en el ET en relación con la constitución de la comisión negociadora reconociendo legitimación negocial a las organizaciones sindicales más representativas cuando no existen otros órganos de representación de las personas trabajadoras (arts. 41.4, 88.2 y 87 ET).

Asimismo, el Tribunal Supremo zanja la polémica en torno a otros asuntos planteados por la CEOE tales como inexistencia una previsión legal para este tipo de comisiones de naturaleza híbrida. El Alto Tribunal afirma que “no puede considerarse carente de previsión legal ni una creación reglamentaria *ex novo* y al margen de la ley, sino la especificación para la negociación de los planes de igualdad de lo que ya se establecía en normas con rango de ley, cumpliendo así esta disposición reglamentaria con lo previsto la función de desarrollo y adaptación de la previsión legal que tiene encomendada por la Disposición Final Primera del Real Decreto Ley 6/2019 de 1 de marzo, la Disposición Final Tercera de la LOIEMH y la Disposición Final Segunda del Estatuto de los Trabajadores”.

El recurso de la CEOE cuestiona también el art. 5.3 del Real Decreto 901/2020 por entender que no especifica que ocurrirá en el supuesto de que ningún sindicato habilitado reglamentariamente responda a la convocatoria para negociar el plan de igualdad. Al respecto, el Tribunal Supremo entiende que esta alegación no implica reproche jurídico alguno, en todo caso una crítica a la efectividad de esta previsión, sin que le corresponda efectuar ni un juicio de oportunidad ni de efectividad de una norma frente a “hipotéticas situaciones futuras”. La patronal critica también que de la aplicación conjunta del párrafo segundo del art. 5.3 del RD 901/2020, en relación con el art. 87.4 del ET podría llegarse al absurdo de que un sindicato mayoritario a nivel de Comunidad Autónoma asumiera la representación de las personas trabajadoras de un centro de trabajo ubicado en otra Comunidad Autónoma en la que no tiene ninguna representación en la medida en que el artículo 5.3 del RD 901/2020 estaría otorgando legitimación para representar a la plantilla de un centro de trabajo a quienes tienen legitimación para negociar un convenio sectorial que pudiera ser estatal, es decir, que estaría utilizando unidades de imputación que no siempre guardan correspondencia. Tampoco en este caso el tribunal considera que se plantee una infracción jurídica que pueda determinar la nulidad de este precepto ya que la representación de las personas trabajadoras tiene cobertura legal y es conforme a derecho.

A hilo de esta sentencia, conviene subrayar una cuestión central: la obligación de negociar un plan de igualdad no nace únicamente si las empresas alcanzan las cincuenta personas en plantilla. No olvidemos que, como señalábamos *supra*, en el año 2007, la LOIEMH preveía tres situaciones en las que una empresa quedaría obligada a elaborar e implementar un plan de igualdad (ahora negociado) que se mantienen: la dimensión, la previsión en el convenio colectivo de aplicación y la sustitución de sanciones.

Sentado lo anterior, cabe mencionar que tanto las empresas que tengan cincuenta personas en plantilla como aquellas otras obligadas por convenio a negociar un plan de igualdad dispondrán de un plazo de tres meses para iniciar el procedimiento de negociación (salvo que en el Convenio Colectivo se disponga un plazo distinto). Si, por el contrario, la negociación, elaboración e implementación del plan de igualdad viene a sustituir las sanciones accesorias impuestas a una empresa en el

marco de un procedimiento sancionador, la nueva norma prevé que en el acuerdo de sustitución se debe establecer el plazo del que disponen estas empresas para iniciar el procedimiento negociador. Sea como fuere, todas las empresas obligadas a negociar un plan de igualdad contarán con el plazo máximo de un año (a contar desde el día siguiente a la finalización del procedimiento negociador) para presentar, al menos, la solicitud de registro de su plan.

Por expreso mandato legal, deben ser negociados con la representación legal de las personas trabajadoras todos y cada uno de los puntos que la norma contempla como contenido básico e irrenunciable de los planes de igualdad de las empresas, entre ellos, la clasificación profesional y las condiciones de trabajo, incluida la auditoría salarial entre mujeres y hombres, de conformidad con lo establecido en el Real Decreto 902/2020.

## 5. LA TRANSPARENCIA RETRIBUTIVA EN BASE AL REAL DECRETO 902/2020

A la par que el Real Decreto analizado, se aprueba el Real Decreto 902/2020<sup>38</sup>, centrado en desarrollar un conjunto de medidas de transparencia retributiva dirigidas a combatir la incesante brecha salarial de género en perjuicio de las mujeres y dar cumplimiento efectivo al derecho fundamental a la igualdad de las retribuciones que nos permita dar el salto definitivo de la igualdad formal a igualdad material. El principio de transparencia retributiva tiene por objeto identificar todas las discriminaciones directas e indirectas y particularmente las que se deben a incorrectas valoraciones de puestos de trabajo, lo que ocurre cuando desempeñado un trabajo de igual valor se perciba un salario inferior sin que dicha diferencia pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y sin que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios<sup>39</sup>.

El principio de transparencia retributiva se erige como un requisito *sine qua non* para dar cumplimiento al principio de igual retribución por trabajo de igual valor y cuya aplicación efectiva se garantizará a través del registro salarial, de la auditoría salarial, del sistema de valoración de puestos de trabajo y de la clasificación profesional contenida en la empresa y en el convenio colectivo de aplicación y del derecho de información de las personas trabajadoras. Estas nuevas herramientas

<sup>38</sup> Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres (BOE 14.10.2020)

<sup>39</sup> Sin entrar en valoraciones, conviene tener presente que, según la doctrina del Tribunal Constitucional, la legislación laboral no impone la igualdad de trato en sentido absoluto, pues el principio de autonomía de la voluntad deja un margen en el que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario en ejercicio de sus poderes de organización de la empresa, puede disponer la retribución del trabajador (STC 197/2000). Sería admisible, por tanto, que la empresa abonara una retribución diferente a personas trabajadoras que realizaran unas mismas funciones, salvo en el empleo público, donde la Administración no se rige por el principio de la autonomía de la voluntad, debiendo actuar con sometimiento pleno a la ley y al derecho. Por lo tanto, ante situaciones iguales, el trato retributivo debe ser necesariamente idéntico (STC 34/2004).

que, o bien introduce, o bien desarrolla, el Real Decreto 902/2020 impedirán o, al menos, dificultarán a las empresas el enmascaramiento de los datos relativos a los salarios de su plantilla.

Antes de continuar con la nueva norma, resulta necesario destacar que la Recomendación de la Comisión Europea, de 7 de marzo de 2014, sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia aparece como una norma pionera en ordenar a los Estados miembros diferentes fórmulas a través de las cuales deben de dar cumplimiento al principio de igualdad de las retribuciones consagrado en todos los Tratados de la Unión desde hace setenta años, haciendo especial hincapié en la necesidad de que los Estados miembros doten de efectividad práctica a cada derecho individual a la información retributiva de los niveles salariales desglosada por sexos (promedios) siempre que lo requiera el trabajador o trabajadora; aseguren la periodicidad de la información sobre los datos salariales entre la empresa y la plantilla; incluyan auditorías salariales obligatorias (con promedios retributivos y explicación detallada de los criterios de valoración de los puestos de trabajo) en las empresas que deberán ponerse a disposición de la representación legal de las personas trabajadoras y, en cuarto y último lugar, debatan las cuestiones referidas a la igualdad de retribución por razón de sexo, con especial atención a las auditorías salariales, en el nivel adecuado de la negociación colectiva<sup>40</sup>.

La Recomendación de 2014 no logró una aplicación más efectiva del principio de igualdad retributiva a través de la transparencia debido a su naturaleza no vinculante y, en definitiva, a su limitada aplicación por parte de los Estados miembros. Así, algunos años más tarde, la Comisión Europea, a través de su Plan de Acción 2017-2019 que lleva por título "Abordar la brecha salarial entre hombres y mujeres", señala la extraordinaria necesidad de introducir nuevas disposiciones legales, esta vez de obligado cumplimiento, que permitan la aplicabilidad directa y efectiva del principio de igualdad de retribución y de oportunidades entre trabajadoras y trabajadores.

Con la entrada en vigor del Real Decreto 902/2020, del mismo modo que debe ser negociado con la representación legal de las personas trabajadoras el contenido del plan de igualdad, debe serlo el diagnóstico previo de situación de la empresa. Este diagnóstico es esencial ya que, por un lado, deberá realizar una descripción de los sistemas y criterios de valoración de los puestos de trabajo<sup>41</sup>, de las tareas y de las funciones, y de los sistemas y criterios de clasificación profesional utilizados por grupos o por categorías profesionales y, al mismo tiempo, deberá de analizar la distribución de la plantilla conforme al sistema o criterio de clasificación profesional empleado en la empresa.

Además de contemplarse por expreso mandato legal<sup>42</sup> el contenido mínimo del diagnóstico de situación de la empresa, la norma atribuye a la nueva auditoría salarial un papel clave como garante de la ausencia de discriminación en las retribuciones de hombres y de mujeres en las empresas obli-

<sup>40</sup> Así precisamente lo señala, también, el Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de Igualdad Retributiva en su Exposición de Motivos.

<sup>41</sup> Vid. Anexo RD 901/2020, de 13 de octubre, sobre planes de igualdad: Punto 3 clasificación profesional, retribuciones y auditorías retributivas

<sup>42</sup> Artículo 7 del Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres.

gadas a negociar, elaborar y aplicar un plan de igualdad. La obligación para estas empresas de llevar a cabo una auditoría salarial alcanza precisamente y, primero de todo, la realización del diagnóstico de la situación retributiva en estas empresas.

La descripción que en cada diagnóstico previo al plan se haga sobre los sistemas y criterios de valoración de puestos de trabajo y de los sistemas y criterios de clasificación profesional de la empresa en cuestión es fundamental para poder detectar la existencia de discriminaciones por razón de sexo femenino.

Especial atención debe prestarse a la hora de tratar en el diagnóstico los datos e indicadores relativos a los salarios. Para lograr un auténtico canal de información al respecto, las empresas quedarán obligadas a facilitar a la comisión negociadora todos los datos sobre el salario, entendiéndose por tal el salario base, los complementos salariales<sup>43</sup>, cualquier otra percepción salarial y, también, aunque de forma separada, otros conceptos extrasalariales, si los hubiera.

Como es natural, y de hecho se establece en el Real Decreto 901/2020 analizado en el epígrafe anterior como criterio general aplicable a todas las materias que deberán formar parte del diagnóstico, “todos los datos sobre salarios que las empresas habrán de aportar deberán estar desagregados por sexo”. Y, aunque la norma no especifica nada acerca de la fecha hasta la que la empresa debe facilitar los datos salariales, sería altamente recomendable que la comisión negociadora contase con datos actuales y pasados para poder hacer un estudio con cierta perspectiva histórica de la empresa. Esto permitirá a la comisión tener una idea más completa de la evolución de la empresa en materia de igualdad entre mujeres y hombres y retribuciones en caso de que sea dudosa la razón por la cual se aprecian ciertas diferencias en este sentido entre los trabajadores de uno y otro sexo.

Todas las nuevas medidas incorporadas tanto por el Real Decreto 901/2020 como por el Real Decreto 902/2020 vienen a completar buena parte de las omisiones habidas en el artículo 22.3 ET que, a pesar de la inclusión expresa de una exigencia antidiscriminatoria negocial a partir del año 2010, contenía lagunas de calado.

El artículo 8 del Real Decreto 902/2020 evoca al legislador del 2007 que, como se ha señalado, había dispuesto en su artículo 43 que la negociación colectiva cumpliera un papel decisivo en la protección de las trabajadoras respecto de la discriminación en sus condiciones laborales, especialmente en sus condiciones salariales con respecto a las de sus colegas varones, poniendo de manifiesto, de nuevo, el carácter esencial de la clasificación profesional como elemento determinante tanto en relación con el sistema retributivo como en relación con el sistema de promoción profesional de las personas trabajadoras.

Por lo tanto, resulta absolutamente imprescindible que la evaluación de los puestos de trabajo se realice teniendo en cuenta el mandato expreso dirigido al empresariado, contenido en los arts. 28.1 ET y 4 RD 902/2020, de pagar igual retribución por la prestación de un trabajo de igual valor sin

<sup>43</sup> Recuérdese los datos que arroja el INE y la influencia que tiene la valoración de la brecha salarial con o sin complementos salariales (p. 15 del presente trabajo).

que ese pago encierre discriminación por razón de sexo alguna en ningún elemento o condición del salario e independientemente de si este tiene una naturaleza salarial o extrasalarial.

Y para todo ello es fundamental la realización de una auditoría retributiva de puestos de trabajo en los términos previstos en el precitado artículo 8. La pretensión del legislador es precisamente poder realizar una evaluación transversal de todas las tareas y funciones de cada puesto de trabajo con su correspondiente valoración numérica. Dicho con otras palabras, se trata de la posibilidad de elaborar una estimación global y objetiva de todos y cada uno de los factores que se dan cita en un puesto de trabajo determinado o que en el futuro pudiesen aparecer.

Llamo la atención sobre la conveniencia de que las personas encargadas de realizar la auditoría retributiva de los puestos de trabajo en las empresas no olviden incluir en la valoración ningún elemento integrante de los diferentes puestos de trabajo de la empresa, por insignificante que pueda parecer. Esto incluye las órdenes o instrucciones empresariales relacionadas con la movilidad o con una exigencia injustificada de disponibilidad que afecte o pueda afectar al derecho de las personas trabajadoras a un igual salario o una igual promoción profesional en situaciones equiparables.

En segundo lugar, y una vez realizado el diagnóstico de la situación de la empresa con especial atención a los salarios y a los puestos de trabajo, la empresa deberá elaborar e implantar sin más demora un plan de actuación para la corrección de las desigualdades retributivas detectadas. Este plan correctivo deberá incluir un cronograma temporal donde se especifiquen los objetivos a conseguir y las actuaciones concretas a realizar, y habrá de señalar qué persona o personas van a ser responsables de su implantación, de su seguimiento y de implementar los cambios que permitan mejorar la situación diagnosticada a partir de la correlación de resultados obtenidos.

Los sesgos y estereotipos de género propios del sistema patriarcal detectados en los sistemas de valoración de los puestos de trabajo y de los grupos y en la clasificación de las categorías laborales habrán de ser corregidos de forma adecuada, esto es, teniendo en consideración los nuevos criterios de valoración introducidos por la nueva norma. El Real Decreto 902/2020 aclara a qué se refiere el Real Decreto-ley 6/2019 cuando introdujo en nuestro ordenamiento jurídico que dos trabajos tendrán igual valor cuando “la naturaleza de las funciones o tareas efectivamente encomendadas, las condiciones educativas, profesionales o de formación exigidas para su ejercicio, los factores estrictamente relacionados con su desempeño y las condiciones laborales en las que dichas actividades se llevan a cabo en realidad sean equivalentes”.

Faltaba detallar y puntualizar el significado de los diferentes elementos de componen esta conceptualización del artículo 28.1 ET. Así, el RD 902/2020 explica que la naturaleza de las funciones o tareas no es sino el contenido esencial de la relación laboral tanto en atención a lo establecido en la ley o en el convenio colectivo aplicable como en atención al contenido ‘efectivo’ de la actividad desempeñada. Seguidamente, clarifica y diferencia el alcance de las condiciones educativas y de las condiciones profesionales o de formación al decir que las primeras son las condiciones relativas a las titulaciones regladas que guarden relación con el contenido de la actividad y las segundas son las condiciones que puedan servir para acreditar la cualificación de la persona trabajadora incluyendo

tanto la experiencia como la formación no reglada, siempre y cuando tengan conexión con el desarrollo de la actividad.

Asimismo, por condiciones laborales estrictamente relacionadas con el puesto de trabajo la norma explica que el legislador se refiere a aquellos factores relevantes que están estrictamente relacionados con la concreta actividad desempeñada (diferentes de la letra a)) y, entre otros, reseña los siguientes: penosidad, dificultad, posturas forzadas, movimientos repetitivos, destreza, minuciosidad, aislamiento, responsabilidad económica, responsabilidad relacionada con el bienestar de personas, polivalencia (definición extensa de funciones), habilidades sociales, habilidades de cuidado y atención a personas, capacidad de resolución de conflictos y capacidad de organización<sup>44</sup>.

Una comparación ponderada entre los factores tradicionalmente observados y los que se incluyen en el listado *numerus apertus* de la nueva norma refleja un cambio sustancial en la consideración y valoración de factores que cumpliría a la postre con los criterios de adecuación, totalidad y objetividad. Porque tener en cuenta todos estos factores y otros que pudieran ser relevantes, permite llevar a cabo una correcta y más justa valoración de los puestos de trabajo al considerar factores típicos de puestos feminizados tales como la destreza, la minuciosidad, la responsabilidad relacionada con el bienestar de personas, las habilidades sociales las habilidades de cuidado y atención a personas.

El principio de adecuación implica que los factores relevantes en la valoración efectivamente concurren en la actividad desempeñada, dotando de efectividad a los principios de totalidad y objetividad, ausentes en la clásica valoración estereotipada. Por su parte, el principio de totalidad supone que para constatar si ocurre igual valor en dos trabajos se han de tener en cuenta todas las condiciones que singularizan el puesto de trabajo, sin que ninguna se invisibilice o se infravalore, dejando atrás una valoración que no era global y que se correspondía únicamente con las destrezas típicamente masculinas. Por último, el principio de objetividad significa que deben existir mecanismos claros e inequívocos que identifiquen los factores que se han tenido en cuenta en la fijación de una determinada retribución y que no dependan de factores o valoraciones sociales que reflejen estereotipos de género.

## 6. BREVE CONCLUSIÓN FINAL

Las últimas reflexiones del presente trabajo inciden en la capital importancia del contenido simbólico de la negociación de los planes de igualdad. Dicho con otras palabras, en opinión de quien escribe, debe haber un cambio en la postura comercial frente a los planes de igualdad y, al igual que

---

<sup>44</sup> Resulta esencial detenernos en cómo la ampliación del listado de factores relevantes de la actividad laboral incluye por primera vez destrezas, habilidades y tareas de empleos claramente feminizados: destreza, minuciosidad, responsabilidad relacionada con el bienestar de personas, polivalencia, habilidades sociales, habilidades de cuidado y atención a personas, capacidad de resolución de conflictos y capacidad de organización.

a la hora de negociar un convenio colectivo sectorial del ámbito o del tipo que sea la postura sindical es firme y no se admiten concesiones innecesarias, tampoco deberían hacerse cuando lo que está en juego es ni más ni menos que democratizar y humanizar las relaciones del trabajo a través de la negociación de los planes de igualdad.

Han sido *gender blind* tanto las políticas públicas como, sobre todo, las prácticas de muchas empresas, así como, también, la negociación de algunos convenios colectivos y, en particular, la negociación de los planes de igualdad como acuerdos colectivos igualmente importantes no solo como herramientas contra las brechas sino también contra las crisis y la injusticia social. Esta es una problemática que deriva de la LOIEMH. Por ello, todavía en la práctica sigue siendo necesario invocar la fuerza vinculante de los planes de igualdad como acuerdos colectivos, habiendo llegado la hora de reivindicar de forma categórica los planes de igualdad en las empresas como auténticos acuerdos colectivos debiendo (re)significar el papel clave de los planes de igualdad como negociación colectiva feminista.

En este orden de consideraciones, cabe mencionar cómo buena parte de los planes de igualdad registrados desde el año 2007 fueron simplemente elaborados de forma unilateral por la representación de las empresas, habiendo coincidido los tribunales a partir del año 2020 en anular muchos planes de igualdad precisamente porque no se había cumplido el procedimiento de negociación.

Lo que está en juego es la aprobación de acuerdos colectivos que son imprescindibles para remover los obstáculos, que han sido ya identificados, que están impidiendo que mujeres y hombres seamos igualmente tratados en el seno de las organizaciones en las que prestamos nuestra fuerza de trabajo, nuestro tiempo y nuestra vida. Estos obstáculos imposibilitan que la igualdad de género laboral se cumpla y muchos de ellos se traducen en valoraciones incorrectas de los puestos de trabajo. Por ello la parte preceptiva de los planes de igualdad relativa a la clasificación profesional es trascendental y por ello son tan valiosos los Reales Decretos 901 y 902 del año 2020 como instrumentos de cambio.

Una reformulación de los sistemas de clasificación profesional y de los criterios de valoración de los puestos de trabajo alejada de los sesgos y estereotipos de género propios del sistema patriarcal permitirá que nuestro sistema de relaciones laborales esté mucho más cerca de poder garantizar la justicia social y la viabilidad económica a medio y largo plazo de su modelo de relaciones de trabajo y de su población trabajadora.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

Alemán Páez, F., Consideración teóricas sobre los elementos de la clasificación y los sistemas de encuadramiento: hacia una comprensión político-estructural de los sesgos discriminatorios por razón de sexo y género, AAVV (Dir. Garrigues, A.), Reus, 2017.

Alemán Páez, F., "El encuadramiento profesional", *Revista del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social*, 1995.

## CRITERIOS Y SISTEMAS DE CLASIFICACIÓN PROFESIONAL

- Alfonso Mellado, C.L. y Fabregat Monfort, G., "Igualdad y discriminación de género en la negociación colectiva", *Arxius de sociología*, núm. 6, 2002.
- Ballester Pastor, M.A., *La discriminación retributiva por razón de sexo. Brecha salarial y desigualdades de género en el mercado de trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2018.
- Barrère Unzueta, M., *El Derecho Antidiscriminatorio y sus límites. Especial referencia a la perspectiva iusfeminista*, GrijLey, 2014.
- Baylos Grau, A., "Desigualdad, vulnerabilidad y precariedad en el análisis jurídico de género", *Revista de Derecho Social*, núm. 72, 2015.
- Casas Baamonde, M.E., "La igualdad de género en el Estado Constitucional", *Revista de Derecho Social*, núm. 88, 2019.
- Departamento Confederal de la Mujer Trabajadora de UGT, "Reducir la brecha salarial, la prioridad", 2020.
- Garrigues Jiménez, Amparo (Dir.), *Clasificación profesional y discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva: un análisis multi e intersectorial*, Reus, 2017.
- Lousada Arochena, J.F. (Dir.), *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2008.
- Lousada Arochena, J.F., *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Tirant lo Blanch*, Valencia, 2014.
- Martínez Moreno, C., *Brecha salarial de género y discriminación retributiva: causas y vías para combatirlas*, Bomarzo, 2019.
- Pérez del Río, T., "El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el derecho comunitario", *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 10, 1997.
- Pérez del Río, T., *El principio de igualdad: no discriminación por razón de sexo en el derecho del trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1984.
- Pérez del Río, T., "La normativa comunitaria en materia de igualdad de trato y no discriminación por razón de sexo", *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 13, 1991.
- Pérez del Río, T., "La problemática salarial en la negociación colectiva", *Revista de Derecho Social*, núm. 1, 1998.
- Pérez del Río, Teresa, *Mujer e igualdad: estudio en material social y laboral: (la evolución de la normativa y la jurisprudencia comunitarias y la jurisprudencia constitucional, 1994-1998)*, Instituto Andaluz de la Mujer, 1999.
- Quintanilla Navarro, B., *Discriminación retributiva: diferencias salariales por razón de sexo*, Marcial Pons, 1996.
- Rodríguez González, S., *La no discriminación retributiva por causa del sexo y del género. Un derecho constitucional laboral específico*, Bomarzo, Albacete, 2020.
- Rodríguez Piñero, M. y Fernández López, M.F., *Igualdad y no discriminación*, Tecnos, Madrid, 1984.
- Sáez Lara, C., "Igualdad de retribución por razón de género y prohibición de discriminación por embarazo y maternidad", *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 7, 2018.
- Serrano Gil, J.M., "La nueva regulación de los planes de igualdad", en AA.VV. (Dir. Nieto Rojas, P.) *Acciones públicas y privadas para lograr la igualdad en la empresa*, Dykinson, Madrid, 2021.
- Valdés de la Vega, B., *La profesionalidad del trabajador en el contrato laboral*, Trotta, 1997.

## SUCESIÓN DE PLANTILLA Y ACTIVIDADES PRODUCTIVAS QUE DESCANSAN ESENCIALMENTE EN LA MANO DE OBRA

### SUCCESSION OF STAFF AND LABOUR-INTENSIVE ACTIVITY

**Pompeyo Gabriel Ortega Lozano**

*Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (acreditado a Profesor Titular)*

*Universidad de Granada*

*Of Counsel de Sagardoy Abogados*

[portega@ugr.es](mailto:portega@ugr.es) ORCID [0000-0001-9880-4231](https://orcid.org/0000-0001-9880-4231)

Recepción de trabajo: 12-01-2023 - Aceptación: 02-03-2023 - Publicado: 21-03-2023

Páginas: 216-255

- 1. IDENTIDAD O PARTE ESENCIAL EN LA SUCESIÓN DE PLANTILLA: ACTIVIDAD QUE DESCANSA FUNDAMENTALMENTE EN LA MANO DE OBRA.
- 2. LA NOCIÓN DE ENTIDAD ECONÓMICA EN LA ASUNCIÓN DE UNA PARTE ESENCIAL DE LA PLANTILLA: DOCTRINA “SOMOZA HERMO” Y LA “FUERZA” DEL ARTÍCULO 44 ET FRENTE AL CONVENIO COLECTIVO.
- 3. ALGUNOS CASOS RELEVANTES EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL RESPECTO A LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA “SOMOZA HERMO”.
- 4. ÁMBITO OPERATIVO DE LA SUBROGACIÓN EMPRESARIAL POR SUCESIÓN DE PLANTILLAS.
- 5. BALANCE Y PERSPECTIVAS: CONCLUSIONES.
- 6. BIBLIOGRAFÍA.

## RESUMEN

Analizamos la sucesión de plantilla consecuencia de la mano de obra, la noción de entidad económica dentro de esa parte esencial de la plantilla y el ámbito territorial del cómputo en el que la subrogación tiene lugar —empresa, parte de ella o centro de actividad— concluyendo con una recapitulación de la nueva doctrina jurisprudencial aplicable al caso y unas concretas reflexiones jurídicas.

**PALABRAS CLAVE:** subrogación, sucesión de empresa, actividad intensiva en mano de obra, entidad económica.

## ABSTRACT

We analyze the succession of staff as a result of labour, the notion of economic entity within that essential part of the staff and the territorial scope of the computation in which subrogation takes place —company, part of it or center of activity— concluding with a recapitulation of the new jurisprudential doctrine applicable to the case and some specific legal reflections.

**KEYWORDS:** subrogation, transfer of undertakings, labour-intensive activity, economic entity.

## 1. IDENTIDAD O PARTE ESENCIAL EN LA SUCESIÓN DE PLANTILLA: ACTIVIDAD QUE DESCANSA FUNDAMENTALMENTE EN LA MANO DE OBRA

En sectores donde la importancia radica en la mano de obra se transmite la parte cualitativa y cuantitativa de la misma. En otros términos, supuestos en los que la empresa entrante continua con la actividad, asumiendo o incorporando a su plantilla a un número significativo de trabajadores de la empresa cesante, tanto a nivel cuantitativo (por ejemplo, asumir la empresa entrante dos trabajadores sobre un total de seis<sup>1</sup>) como cualitativo (incluso por asumir un único trabajador que es la parte esencial del negocio), siempre que la actividad productiva descanse esencialmente en la mano de obra<sup>2</sup>. En estos supuestos, la organización productiva es la plantilla de trabajadores entendida como un conjunto de elementos personales organizados y constitutiva de una entidad económica que mantiene su identidad<sup>3</sup>. Supuesto aceptado por la doctrina del Tribunal Supremo a pesar de las “reservas” que pudiera ocasionarse por el efecto de desincentivación de estas contrataciones y del establecimiento convencional de estas garantías que pueden acabar privando de las oportunidades de empleo a los trabajadores que supuestamente se quieren proteger<sup>4</sup>.

El cambio que se introdujo por la Ley 12/2001, variación de suma trascendencia, fue consecuencia de la Directiva 1998/50/CE (artículo 1.1.b), mantenido en la Directiva 2001/23/CE (artículo 1.1.b), cuando señala que se considerará traspaso, a efectos de esas Directivas, el de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio<sup>5</sup>. Definición cuyo origen radica, a su vez, en la jurisprudencia comunitaria sentada en interpretación del artículo 1 de la Directiva 1977/187/CEE, cuando señala que el concepto de entidad objeto de la transmisión remite a un conjunto organizado de personas y elementos que permiten el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio<sup>6</sup>. Consecuencia de esa noción es evidente que la jurisprudencia comunitaria pasa a tener absoluta relevancia en la interpretación de nuestra norma; pues con anterioridad a la inclusión de ese artículo 44.2 ET, la doctrina consolidada del Tribunal Supremo venía a excluir de la figura de

1 STS de 25 de enero de 2006 [RJ 2006\2687].

2 STSJ Madrid 23 de abril de 2012 [JUR 2012\323755], STSJ Madrid 14 de julio de 2008 [AS 2008\2449] y STSJ Madrid 13 de noviembre de 2009 [AS 2010\35].

3 STSJ Madrid 14 de enero de 2022 [AS 2022\484].

4 STS 27 de octubre de 2004 [RJ 2004\7202].

5 STSJ País Vasco 13 de febrero de 2007 [AS 2007\1781].

6 STJUE 11 de marzo de 1997 [TJCE 1997\45], asunto *Süzen*; STJUE 10 de diciembre de 1998 [TJCE 1998\308], asunto *Hernández Vidal*; STJUE 10 de diciembre de 1998 [TJCE 1998\309], asunto *Sánchez Hidalgo*; STJUE 2 de diciembre de 1999 [TJCE 1999\283], asunto *Allen*.

## SUCESIÓN DE PLANTILLA Y ACTIVIDADES PRODUCTIVAS QUE DESCANSAN ESENCIALMENTE EN LA MANO DE OBRA

la sucesión aquellos supuestos en los que existía un cambio de contratista cuando no llevaba aparejado la transmisión de elementos patrimoniales (empresa materializada)<sup>7</sup>.

Los supuestos de sucesión de plantillas emanan de la doctrina del TJCE, cuando la empresa entrante continua con la actividad, asumiendo o incorporando a su plantilla un número significativo de trabajadores de la empresa cesante, tanto a nivel cuantitativo<sup>8</sup>, como cualitativo<sup>9</sup>, siempre que la actividad productiva descansa esencialmente en la “mano de obra”. Aquí, la organización productiva es la plantilla de trabajadores, entendida como un conjunto de elementos personales organizados y constitutiva de una entidad económica que mantiene su identidad<sup>10</sup>. Supuesto que vino a ser admitido por el Tribunal Supremo, aunque con ciertas reservas y matizaciones, entre otras razones, sustentándose en el denominado efecto de desincentivación de estas contrataciones y del establecimiento convencional de estas garantías, pues su consecuencia sería la de privar de oportunidades de empleo a los trabajadores que supuestamente se quieren proteger como muestra una comparación de las soluciones de los casos Sánchez Hidalgo<sup>11</sup> y Hernández Vidal<sup>12</sup>: “en la actividad contratada por la empresa Hernández Vidal no se aplicaron las garantías de la sucesión, porque esa empresa no contrató a ninguna trabajadora de la empresa saliente<sup>13</sup>, pero estas garantías sí se aplicaron en el caso Sánchez Hidalgo<sup>14</sup>, porque la empresa había contratado a determinadas trabajadoras de la concesionaria saliente, con lo que paradójicamente basta no contratar a los trabajadores del anterior contratista para evitar la sucesión, cuando la función de ésta consiste garantizar que los trabajadores del empresario cedente mantengan sus contratos con el cesionario”<sup>15</sup>. Ahora bien, a contrario sensu, si la actividad de que se trata no descansa fundamentalmente en la mano de obra, sino que exige material e instalaciones importantes, aunque se produzca la continuidad de la actividad por un nuevo empresario asumiendo éste un importante número de trabajadores de la mercantil saliente, no se considera que hay sucesión de empresas cuando no han quedado transmitidos los elementos necesarios para el ejercicio de la actividad<sup>16</sup>.

7 STS 5 de abril de 1993 [RJ 1993\2906], STS 23 de enero de 1995 [RJ 1995\403], STS 10 de diciembre de 1997 [RJ 1998\736], STS 29 de diciembre de 1997 [RJ 1997\9641], STS 26 de abril de 1998 [RJ 1999\4532], STS 29 de enero de 2002 [RJ 2002\4271], STS 18 de marzo de 2002 [RJ 2002\7524], STS 19 de marzo de 2002 [RJ 2002\6465].

8 STS 25 de enero de 2006 [RJ 2006\2687].

9 STSJ de Castilla-León 31 de octubre de 2007 [AS 2008\290].

10 STS 27 de octubre de 2004 [RJ 2004\7202]. Vid. Sala Franco, T. y Pedrajas Moreno, A., “Sucesión de contratos y transmisión de empresa. A propósito de la STS, 4ª, de 27 de octubre de 2004”, *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana*, núm. 14, 2005, pp. 185-197.

11 [TJCE 1998\309].

12 [TJCE 1998\308].

13 STSJ de Murcia 13 de enero de 1999 [AS 1999\1628].

14 STSJ Castilla-La Mancha 30 de enero de 1999 [AS 1999\162].

15 STS 27 de octubre de 2004 [RJ 2004\7202].

16 STS 28 de abril de 2009 [RJ 2009\2997] y STSJ Madrid 21 de mayo de 2021 [AS 2021\1711].

## SUCESIÓN DE PLANTILLA Y ACTIVIDADES PRODUCTIVAS QUE DESCANSAN ESENCIALMENTE EN LA MANO DE OBRA

De este modo, se engloba en el supuesto de sucesión de empresa tipificado en el artículo 44 ET aquellos casos de cambio de contratista de un servicio en cuya ejecución el elemento trascendental lo vengán a constituir los trabajadores que desempeñan la actividad, siempre que el nuevo contratista esté obligado a asumirlos en su totalidad o en su parte esencial, sea por convenio o por imposición del titular del servicio, y aunque no lleve aparejada transmisión de los elementos patrimoniales<sup>17</sup>. En la denominada “sucesión en plantilla”, en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, es por ello por lo que ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad aún después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que, además, se hace cargo de una parte esencial —en términos de número y de competencias— del personal que su antecesor destinaba especialmente en dicha tarea. La “sucesión en plantilla” es un supuesto que consiste en que el nuevo empresario adquiere, en efecto, el conjunto organizado de elementos que le permitirá continuar las actividades o alguna actividad de la empresa cedente (saliente) de forma estable<sup>18</sup>. Asumir una parte sustancial o cuantitativamente elevada de la plantilla hace que se active el elemento material necesario para que la actividad productiva se desarrolle de manera autónoma con lo que la doctrina comunitaria “*deja en manos de la empresa entrante, en función de que decida asumir o no el todo o mayor parte de la plantilla, la aplicabilidad de la figura sucesoria*”<sup>19</sup>.

La doctrina de la subrogación en las relaciones de trabajo puede quedar englobada distinguiendo los puntos que se refieren al “hecho o acto de la transmisión de empresa” y, de otro, los relativos al “objeto” de dicha transmisión.

- a. En cuanto al “objeto” de la transmisión en los supuestos de sucesión de empresa deben destacarse aquí los siguientes puntos de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo<sup>20</sup>: 1) El objeto de la transmisión ha de ser un conjunto organizado de personas y elementos que permita el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio; 2) Dicho objeto no entraña necesariamente elementos significativos de activo material o inmaterial reduciéndose a su máxima expresión en determinados sectores económicos [*como los de limpieza y vigilancia*], en tanto en cuanto la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra; 3) De lo anterior se desprende que un conjunto organizado de trabajadores destinados de forma duradera a una actividad común puede constituir una entidad económica [objeto de la transmisión] cuando no existen otros factores de producción; 4) Por el

17 STJUE 24 de enero de 2002 [TJCE 2002\29], asunto *Temco*.

18 STJUE 11 de marzo de 1997 [TJCE 1997\45], asunto *Süzer*; STJUE 10 de diciembre de 1998 [TJCE 1998\308], asunto *Hernández Vidal*; STJUE 10 de diciembre de 1998 [TJCE 1998\309], asunto *Sánchez Hidalgo*. STS 18 de julio de 2018 [RJ 2018\5019], STS 20 de octubre de 2004 [RJ 2004\7162], STS 7 de noviembre de 2005 [RJ 2006\2575], STS 27 de junio de 2008 [RJ 2008\4557], STS 21 de septiembre de 2012 [RJ 2013\2388] y STS 10 de noviembre de 2016 [RJ 2016\5879].

19 STS 22 de septiembre de 2016 [RJ 2016\4753].

20 STS 5 de marzo de 2013 [RJ 2013\3649].

## SUCESIÓN DE PLANTILLA Y ACTIVIDADES PRODUCTIVAS QUE DESCANSAN ESENCIALMENTE EN LA MANO DE OBRA

contrario, no se considera sucesión de empresa cuando la actividad no descansa fundamentalmente en la mano de obra, sino que requiere de material e instalaciones importantes, a pesar de que se asuma un número importante de trabajadores de la anterior empresa. 5) El mantenimiento de la identidad del objeto de la transmisión supone que la explotación o actividad transmitida “*continúe efectivamente*” o que luego “*se reanude*”.

- b. En cuanto a los “hechos o actos de transmisión” los puntos doctrinales a destacar para resolver un supuesto de sucesión pueden resumirse en los siguientes<sup>21</sup>: 6) La expresión del artículo 44.1 ET “*transmisión de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva*” es equivalente a la expresión del artículo 1.a) de la Directiva comunitaria vigente cuando se refiere al “*traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad*”; 7) El acto o hecho de “*transmisión de un conjunto de medios organizados*” no requiere necesariamente que haya transmisión de elementos patrimoniales del cedente al cesionario; 8) Tampoco es imprescindible que exista en la transmisión de empresas o unidades productivas una vinculación contractual directa entre cedente y cesionario, vinculación o tracto directo que tiene un mero valor indiciario de la existencia de sucesión de empresa; 9) Puede producirse, por tanto, la cesión o transmisión de empresas o unidades productivas a través o por mediación de un tercero propietario, arrendador o dueño de la obra. Téngase en cuenta que la obligación de subrogación en las relaciones de trabajo (“sucesión de empresa”) opera por imperativo de la ley (*ope legis*: normativa comunitaria y artículo 44 ET), sin requerir la existencia de un acuerdo expreso entre las partes del contrato de trabajo.

Efectos subrogatorios que también pueden converger en aquellos casos de sucesiones de contrataciones o concesiones de servicios cuando concurren determinadas circunstancias o requisitos que se sustentan en las siguientes relaciones entre personas físicas y/o jurídicas<sup>22</sup>: 1) Una empresa contratista o adjudicataria de servicios (“empresa entrante”) sucede a la que desempeñaba anteriormente tales servicios o actividades (“empresa saliente”) por cuenta o a favor de un tercero (empresa “principal” o entidad “comitente”); 2) La sucesión de contrataciones o adjudicaciones se ha debido a que la empresa o entidad comitente ha decidido dar por terminada su relación contractual con la “empresa saliente”, encargando a la nueva “empresa entrante” servicios o actividades sustancialmente iguales a los que desarrollaba la contratista anterior; 3) La “empresa entrante” ha incorporado al desempeño de los servicios o actividades (objeto de la contrata o adjudicación) a una parte importante, cualitativa o cuantitativamente, de la plantilla de trabajadores de la “empresa saliente”; y 4) El activo principal para el desempeño de los servicios o actividades objeto de la contrata es la “mano de obra” organizada u organización de trabajo. Ante este contexto clásico y normal de los hechos, realizado el “test de la sucesión de plantilla”, se deberá dar una respuesta positiva cuando concorra la “transmisión de actividad” en el sentido amplio en que se define en la jurisprudencia comunitaria y española. Por ejemplo, en un caso concreto, concurre cuando “*la empresa entrante ha asumido*

<sup>21</sup> STS 5 de marzo de 2013 [RJ 2013\3649].

<sup>22</sup> STS 5 de marzo de 2013 [RJ 2013\3649].

## SUCESIÓN DE PLANTILLA Y ACTIVIDADES PRODUCTIVAS QUE DESCANSAN ESENCIALMENTE EN LA MANO DE OBRA

una parte cuantitativamente importante de la mano de obra de la anterior (catorce de diecinueve trabajadores), sin que la empresa recurrente haya acreditado que la organización de trabajo experimentara una variación cualitativa sustancial más allá de lo que supone la incardinación en una empresa distinta”<sup>23</sup>. En otros términos: concurre el efecto subrogatorio porque el verdadero objeto de la transmisión se localiza en la cualificación y en la experiencia en el trabajo de la mano de obra, y no en los elementos materiales puestos a disposición de la empresa entrante para la realización de las funciones encomendadas. La organización productiva se identifica en la propia plantilla de trabajadores entendida como un conjunto de elementos personales organizados y constitutiva de una entidad económica que mantiene su identidad<sup>24</sup>. Y existe transmisión importante de la mano de obra (por ende, sucesión de plantilla) en aquellas actividades o sectores en el que esa prestación de servicios manual es relevante e intensa, ya sea cualitativa o cuantitativa. Por consiguiente, esa entidad mantiene su identidad aún después de la transmisión cuando el nuevo empresario no solo se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que, además, se hace cargo de una parte esencial, en número y competencias, del personal que su antecesor destinaba a dicha tarea<sup>25</sup>.

Como podemos intuir, para su concurrencia, tiene que transmitirse un conjunto organizado de personas y elementos que permitan el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio. Por ejemplo, nos encontramos ante una sucesión de plantillas cuando al transmitirse una entidad económica que mantiene su identidad la empresa se hace cargo de una parte significativa de la plantilla: “el 76,76 % de la plantilla del personal de limpieza”, “sin que se haya subrogado en el 23,24% restante”. Así las cosas, al haberse producido la sucesión voluntaria de plantillas en una actividad productiva como la limpieza que descansa esencialmente en la mano de obra, se activa *ex lege* la aplicación del artículo 44 ET, precepto imperativo, “pasando a un segundo plano las obligaciones y límites marcados por el convenio colectivo”<sup>26</sup>. Por tanto, la cuestión nuclear no reside en la aplicación del convenio colectivo, sino en el hecho de que la empresa, al asumir a 2/3 de trabajadores de limpieza dejando fuera al tercio restante, activa la aplicación del artículo 44 ET: “en actividades donde la mano de obra constituye un factor esencial, la asunción de una parte relevante del personal adscrito a la contrata (en términos cuantitativos o cualitativos) activa la aplicación del artículo 44 ET”. Evidentemente, cuando lo relevante es la mano de obra y no la infraestructura, la subrogación solo procede si se da esa asunción de una parte relevante (cuantitativa o cualitativamente) del personal. Además, debe tenerse en cuenta que, “el hecho de que la asunción de una parte relevante de la plantilla derive de lo preceptuado por el convenio colectivo no impide la aplicación de la

23 STS 5 de marzo de 2013 [RJ 2013\3649]. Al respecto, *vid.* Treviño Pascual, M., “Sucesión de plantillas y cesión de trabajadores en la gestión de servicios públicos”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 47, 2017.

24 STS 27 de octubre de 2004 [RJ 2004\7202] y STS 28 de abril de 2009 [RJ 2009\2997].

25 STJUE 24 de enero de 2002 [TJCE 2002\29], asunto *Temco*; y STJUE 20 de noviembre de 2003 [TJCE 2003\386], asunto *Carlito Abler*, STS 27 de octubre de 2004 [RJ 2002\7202] y STS 28 de abril de 2009 [RJ 2009\2997].

26 STSJ Madrid 28 de enero de 2021 [AS 2021\1153], confirmada por STS 22 de septiembre de 2021 [RJ 2021\4806].

## SUCESIÓN DE PLANTILLA Y ACTIVIDADES PRODUCTIVAS QUE DESCANSAN ESENCIALMENTE EN LA MANO DE OBRA

*anterior doctrina*<sup>27</sup> (derivada de la STS 27 de septiembre de 2018<sup>28</sup> que se alinea con la sentencia en el caso *Somoza Hermo* por parte del TJUE<sup>29</sup>). Por tanto, en el mismo momento en el que se asume esa parte esencial de la plantilla, el devenir de la sucesión no queda sometida a las reglas y al contenido ex convenio colectivo (por lo que dichos requisitos ya no se les puede exigir a los trabajadores, ni los trabajadores pueden oponerse a la sucesión), sino que estaremos ante los requisitos del propio artículo 44 ET.

Efectos subrogatorios que no se producirán en aquellos supuestos en los que la mercantil, en un servicio que descansa esencialmente en la mano de obra, procede a desarrollar la actividad con sus propios trabajadores, sin asumir a ningún trabajador de la empresa saliente: no se produce sucesión de empresa *“en el supuesto de servicio de limpieza de habitaciones anteriormente subcontratado que pasa a ser realizado directamente por el hotel sin asumir a las tres trabajadoras demandantes”*<sup>30</sup>. A estos efectos, es importante asumir la doctrina del asunto *Adif* que recuerda que la limpieza es una actividad que *“descansa fundamentalmente en la mano de obra”*<sup>31</sup>, criterio también seguido por el Tribunal Supremo<sup>32</sup>. En actividades desmaterializadas (que descansan fundamentalmente en la mano de obra), el conjunto de trabajadores que realizan dicha actividad puede constituir una *“entidad económica”* (no hay duda de ello). Pero para que esa entidad mantenga su identidad (y, por tanto, haya transmisión o sucesión de empresa), el nuevo empleador no solo ha de continuar con la actividad, sino que también se ha de haber hecho cargo de una parte esencial del personal del anterior empresario. Y si el nuevo empresario no se hace cargo de esa parte esencial de la plantilla, la entidad económica —reiteramos, que descansa esencialmente en la mano de obra— no mantendrá su identidad, por lo que no se producirá la transmisión de empresa. Y como ya hemos tenido ocasión de afirmar: *“la doctrina comunitaria deja en manos de la empresa entrante, en función de que decida asumir o no el todo o mayor parte de la plantilla, la aplicabilidad de la figura sucesoria”*<sup>33</sup>. De este modo, debe cuestionarse la jurisprudencia, pues la elección de la sucesión de la empresa radicaría en la propia elección de asunción o no del personal; por tanto, *“si se asume el personal estamos ante una transmisión de empresa, pero si no se asume al personal (por el simple hecho de que la empresa lo rechace), no estaremos ante una sucesión de empresas”*. La decisión se sustenta en la voluntariedad de la entidad —y de ahí su crítica—: en la decisión de la empresa o

27 STS 22 de septiembre de 2021 [RJ 2021\4806].

28 [RJ 2018\4619]. *Vid.* Falguera Baró, M. A., “Una —preocupada— lectura iuslaboralista de la Ley de Contratos del Sector Público”, *Ciudad del Trabajo, Actualidad iuslaboralista*, núm. 13, 2018.

29 STJUE 11 de julio de 2018 [TJCE 2018\142], asunto *Somoza Hermo*.

30 STS 8 de junio de 2021 [RJ 2021\2859].

31 STJUE 26 de noviembre de 2015 [TJCE 2015\283], asunto *Adif*.

32 STS 8 de junio de 2021 [RJ 2021\2859].

33 STS 22 de septiembre de 2016 [RJ 2016\4753].

## SUCESIÓN DE PLANTILLA Y ACTIVIDADES PRODUCTIVAS QUE DESCANSAN ESENCIALMENTE EN LA MANO DE OBRA

Administración entrante que va a decidir, unilateralmente, la existencia o no de sucesión<sup>34</sup>, restando, de este modo, el carácter imperativo a una norma legal, pues termina haciéndose dispositiva para cada empresario<sup>35</sup>.

Para que opere el artículo 44 ET, resulta imprescindible *“que exista una continuidad de la actividad empresarial, esto es, de la actividad de catering, que es el objeto del contrato del arrendamiento de servicios suscrito. Continuidad que no ha existido ni existe pues el Club Atlético de Madrid, entidad deportiva, en forma alguna ha desempeñado ni desempeña la misma actividad de catering que hasta la fecha del 25 de febrero de 2020 llevaba a cabo la empresa Centerplate Isg España, S.L.”*. La transmisión de una entidad económica que mantenga su identidad exige ineludiblemente de la circunstancia de que *“continúe efectivamente su explotación o de que esta se reanude. Y el hecho del regreso del público a los estadios no supone ni garantiza en modo alguno la posibilidad de iniciar la actividad de catering en los estadios”*. Por tanto, *“no se ha dado el cambio de empresario que mantenga la prestación de los servicios de catering: ni por reversión de la actividad al titular de las instalaciones, ni por la prestación de tales servicios por un tercero. Expresamente se pactó por las partes la posible resolución del contrato por fuerza mayor, concepto en que se incluye expresamente las epidemias y restricciones por cuarentenas y sanitarias derivadas de las mismas, y se señala que cuando el supuesto de fuerza mayor se prolonga 180 días o más cabe la rescisión y la dispensa del cumplimiento”*<sup>36</sup>.

Con independencia de lo examinado, confirmando el Tribunal Supremo que no puede considerarse probado, ni que la actividad de catering continuara en el estadio Wanda Metropolitano tras la salida de la mercantil encargada de desarrollar la contrata, ni que los elementos propios de la restauración tras la rescisión contractual hayan venido a integrarse dentro de la esfera patrimonial del club, *“en el asunto que nos atañe no es discutible que el Club Atlético de Madrid S.A. rescindió el contrato que le unía con Centerplate ISG España S.L. y que justificaba la contratación de la trabajadora demandante y tampoco lo es que el club es el titular de la explotación del estadio Wanda Metropolitano, que es donde se realiza la actividad de catering objeto del contrato”*. Por tanto, al hilo de otra sentencia<sup>37</sup>, debe traerse a colación el siguiente texto: *“el artículo 25 del convenio colectivo citado dispone en su apartado IV, párrafo segundo lo siguiente: “IV. Excepciones a la aplicación de la subrogación prevista en el presente artículo. La subrogación de personal establecida en el presente artículo, no será de*

34 Monereo Pérez, J. L., “Repercusiones laborales de los diversos instrumentos de privatización y reversión de servicios públicos”, *Temas Laborales*, núm. 135, 2016, pp. 231-308. Gorelli Hernández, J., “La reversión por la administración de las contratas: perspectiva desde el Derecho del trabajo”, *Estudios GAPP. Nueva Época*, núm. 21, 2019, pp. 41-60. Treviño Pascual, M., “Sucesión de plantillas y cesión de trabajadores en la gestión de servicios públicos”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 47, 2017, pp. 126-166. Rodríguez Escanciano, S., “Implicaciones jurídico-laborales de la reasunción de servicios públicos. La aplicación del principio de subrogación empresarial y sus excepciones”, *Trabajo y Derecho*, núm. 19, 2017, pp. 19-39. Falguera Baró, M. A., “Sucesión de empresas y contratas: nuevos interrogantes tras las SSTJUE en los asuntos Aira Pascual y Securitas”, *La Ciudad del Trabajo*, núm. 1, 2017, pp. 148 y 149.

35 Gorelli Hernández, J., “La reversión por la administración de las contratas: perspectiva desde el Derecho del trabajo”, *Estudios GAPP. Nueva Época*, núm. 21, 2019, pp. 41-60.

36 STSJ Madrid 14 de enero de 2022 [AS 2022\484].

37 STSJ Madrid 22 de noviembre de 2021 [JUR 2022\28385].

## SUCESIÓN DE PLANTILLA Y ACTIVIDADES PRODUCTIVAS QUE DESCANSAN ESENCIALMENTE EN LA MANO DE OBRA

aplicación en los siguientes supuestos: 2. En ningún caso operará la subrogación prevista en el presente artículo cuando en la instalación objeto de concesión, cesión o contrato de arrendamiento de servicios se produzca el cierre o cese definitivo de las actividades que en la misma se desarrollaban, sin que por tanto sean llevadas a cabo por ninguna otra empresa, ni por su titular". Efectivamente, como alega la parte recurrente, en el caso de autos, el cese de la actividad de catering en el club deportivo demandado no ha sido definitivo, sino que se ha producido por la situación coyuntural derivada de la pandemia internacional por COVID 19. La realización esporádica de un picnic no permite concluir que ha existido un cese parcial. El cese ha sido total en la actividad de catering, como imponía la aplicación de las medidas limitativas impuestas por las autoridades sanitarias. Ahora bien, ha de resaltarse que el artículo 25 del convenio colectivo dedica sus primeros cuatro párrafos a establecer presupuestos genéricos para que opere la subrogación de personal que regula y, dispone lo siguiente: "Al objeto de garantizar y contribuir al principio de estabilidad en el empleo, la subrogación del personal de las empresas que se sustituyan mediante cualquiera de las modalidades de contratación, de gestión de servicios públicos o privados, contratos de arrendamiento de servicios o de otro tipo, en una concreta actividad de las reguladas en el ámbito funcional de este convenio colectivo, se llevará a cabo en los términos indicados en el presente artículo. No obstante, se acuerda de forma expresa que lo establecido en este artículo solo será de aplicación para aquellas situaciones previstas en el mismo que nazcan y tengan sus efectos después de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado" del presente convenio. En cualquier caso la relación laboral entre la empresa saliente y los trabajadores sólo se extingue en el momento en que se produzca de derecho la subrogación del trabajador a la nueva adjudicataria. En lo sucesivo, el término "contrata" engloba con carácter genérico cualquier modalidad de contratación, tanto con entidades de titularidad pública como privada, e identifica una concreta actividad que pasa a ser desempeñada por una determinada empresa, sociedad u organismo público". Del tenor literal de la norma pactada se extrae que constituye un presupuesto necesario para que opere la subrogación que la concreta actividad pase a ser desempeñada por una determinada empresa, sociedad u organismo público. Y, precisamente, ello no concurre en el caso de autos, en el que la actividad de catering no ha pasado a ser realizada por ninguna entidad"<sup>38</sup>. Por tanto, no puede considerarse acreditado que ni el club ni otra empresa preste servicios de catering en las instalaciones del estadio de fútbol, siendo absolutamente residual la actividad que se ha podido llevar a cabo en el estadio como la realización de escasos eventos respetando las restricciones sanitarias, siendo lo decisivo que el servicio de catering no se lleva a cabo ni por el titular del estadio ni por ninguna otra empresa<sup>39</sup>.

Para concluir este apartado, en la sucesión de plantilla, lo importante es que la misma se considere parte esencial. Y, en consonancia con los tribunales, se considera esencial en los siguientes supuestos: existe sucesión de plantillas al haberse asumido por la empresa entrante al 75% del personal de la saliente<sup>40</sup>; "se aprecia su concurrencia en el caso de sucesión de contrata de servicios

38 STSJ Madrid 22 de noviembre de 2021 [JUR 2022\28385].

39 STSJ Madrid 14 de enero de 2022 [AS 2022\484].

40 STS 23 de marzo de 2022 [RJ 2022\1553].

## SUCESIÓN DE PLANTILLA Y ACTIVIDADES PRODUCTIVAS QUE DESCANSAN ESENCIALMENTE EN LA MANO DE OBRA

*auxiliares a comunidad de propietarios por existir continuidad en la actividad en la que es esencial el personal que conforma la entidad económica objeto de sucesión, habiendo subrogado la empresa entrante al 40% de la plantilla (a dos trabajadores de un total de cinco trabajadores)”<sup>41</sup>; la empresa ha asumido una parte esencial de la plantilla ya que, “de los cuatro trabajadores que prestaban el servicio de vigilancia, la empresa ha subrogado a los tres trabajadores más antiguos (de los cuatro que había), lo que permite afirmar que lo asumido conforma una entidad económica que, a pesar de la reducción en horas contratadas, mantiene su identidad esencial”<sup>42</sup>; “la recurrente ha empleado a 36 de los 46 trabajadores que ocupaba en la actividad la contratista anterior, siendo uno de los contratados el encargado general de control de personal y distribución de trabajos, lo que revela que el conjunto de trabajadores empleados constituye una unidad económica que tiene su propia entidad porque la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra. Por ello, nos encontramos ante un supuesto de los llamados de “sucesión de plantillas”, sin que el hecho de que la recurrente haya aportado maquinaria propia y elementos materiales desvirtúe lo dicho, porque no se ha probado la importancia de estas aportaciones materiales, mientras que si consta el valor del factor humano, al haberse dado ocupación al 80 por 100 de la anterior plantilla, a la par que los trabajos de jardinería, mudanzas, peonaje, control de acceso y de circulación, así como los de facturación no requieren por lo general una gran inversión en muebles y máquinas, sino, principalmente, en capital humano”<sup>43</sup>; “la mera exclusión de 4 trabajadores de un total de 26 no rompería “la identidad” económica en el proceso de transmisión, pues lo que exige la doctrina de la “sucesión de plantillas” es el paso de una “parte esencial” de la plantilla y es claro que tiene este carácter esencial en el plano cuantitativo la incorporación a la nueva empresa de más del 84% de los trabajadores de la anterior”<sup>44</sup>; “el tenor literal del inmodificado relato histórico nos da cuenta de un servicio que la recurrente venía prestando a través de 7/8 personas, de las que la empresa entrante ha acogido a tres, número de personas que no representa meramente un 50% o menos sino que en realidad es parte esencial para el desempeño de la contrata si nos atenemos a las condiciones en que la misma se lleva a cabo: un auxiliar de servicios 24 horas, todos los días del año; un auxiliar de servicios de las 10 a las 22 horas de lunes a sábados laborables; un auxiliar de servicios de las 10 a las 22 horas los domingos y festivos de apertura, por lo que se declara la existencia de sucesión”<sup>45</sup>; “concurren las circunstancias que dan lugar a lo que se ha llamado subrogación por “sucesión de plantillas”. En efecto, se ha producido una sucesión en la actividad de prestación de los mismos servicios auxiliares en determinados hipermercados y la empresa entrante ha asumido una gran parte de la mano de obra (más del 70 por 100) de la anterior”<sup>46</sup>.*

41 STS 15 de diciembre de 2021 [RJ 2022\203].

42 STS 5 de marzo de 2019 [RJ 2019\1534].

43 STS 7 de diciembre de 2011 [RJ 2012\106].

44 STS 27 de febrero de 2012 [RJ 2012\4023].

45 STS 9 de abril de 2013 [RJ 2013\5127].

46 STS 9 de julio de 2014 [RJ 2014\4637].

Sin embargo, no se considera esencial en los siguientes supuestos: no existe al no constar la transmisión de medios materiales, ni la relevancia del personal transmitido (3 de 9 trabajadores)<sup>47</sup>; “aquí quien reclama es una trabajadora aisladamente, no existiendo en la sentencia hecho probado alguno que permita pensar que hubo transmisión de la totalidad o una parte sustancial de la plantilla, de ahí que en la sentencia, llegue a la conclusión de que no puede aplicarse el artículo 44 ET; es más, en sus razonamientos se hace constar que no existió transmisión de elementos productivos suficientes para llevar a cabo la actividad que la empresa saliente venía desarrollando, lo que permite pensar, que no existió una cesión de mano de obra, entendida esta como una realidad económica con entidad propia”<sup>48</sup>; “es decir, justamente estos tres requisitos no se cumplen en el caso de autos. No hay una asunción, por la empresa entrante, Seguritas, de una parte cuantitativamente importante de la plantilla de la anterior empresa, pues ha permanecido exclusivamente dos de ocho trabajadores (25 % de la plantilla)”<sup>49</sup>.

## 2. LA NOCIÓN DE ENTIDAD ECONÓMICA EN LA ASUNCIÓN DE UNA PARTE ESENCIAL DE LA PLANTILLA: DOCTRINA “SOMOZA HERMO” Y LA FUERZA DEL ARTÍCULO 44 ET FRENTE AL CONVENIO COLECTIVO

De una u otra manera, lo que el TJUE viene a resolver en el asunto *Somoza Hermo*<sup>50</sup>, es el supuesto referido a si en las actividades que descansan en la mano de obra —por tanto, no exige el uso de materiales específicos—, la sucesión de la plantilla ex convenio colectivo se encuentra o no sometida al artículo 44 del ET<sup>51</sup>. El Tribunal Supremo, en fecha de 7 de abril de 2016<sup>52</sup>, vino a establecer que el artículo 44 del ET no era aplicable haciendo prevalecer el contenido del convenio colectivo. Criterio

47 STS 18 de enero de 2020 [RJ 2022\457].

48 STS 3 de enero de 2006 [RJ 2006\2770].

49 STSJ Castilla y León, Burgos, 3 de diciembre de 2014 [JUR 2015\22787].

50 STJUE 11 de julio de 2018 [TJCE 2018\142], asunto *Somoza Hermo*. Ortega Lozano, P. G., “La obligación de subrogación de los trabajadores: puntos conflictivos en el fenómeno sucesorio por cambio de titularidad (unidad productiva autónoma), por sucesión de plantilla y por mandato del convenio colectivo”, *Revista española de derecho del trabajo*, núm. 254, 2022, pp. 55-99.

51 Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P. G.: “La doctrina comunitaria de la sucesión de plantilla: conflictos interpretativos vinculados al fenómeno de la sucesión de contratos desmaterializados”, en *Revista de derecho social*, núm. 87, 2019, pp. 37-64. Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P. G., “Sucesión de plantilla en la empresa por subrogación convencional —“ex convenio colectivo sectorial”—. La reciente doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su recepción por el Tribunal Supremo”, *La Ley Unión Europea*, núm. 65, 2018. MONEREO PÉREZ, J. L. y Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P. G.: “La relación laboral en la transmisión de empresa: sentido y alcance de la garantía del mantenimiento de los derechos de los trabajadores”, *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 6, 2020, pp. 785-804.

52 STS 7 de abril de 2016 [RJ 2016\1702].

jurisprudencial seguido por multitud de sentencias del propio Tribunal Supremo<sup>53</sup>. Frente al criterio seguido por nuestros tribunales, se plantearon dos cuestiones prejudiciales, una de ellas la resuelta en la sentencia del TJUE de fecha 11 de julio de 2018 a la que nos referimos y que ha calado bastante hondo por sus consecuencias jurídicas<sup>54</sup>.

Doctrina *Somoza Hermo* que, de manera muy general, viene a manifestar que la Directiva 2001/23 es plenamente aplicable a estos casos. En efecto, la cláusula de exoneración de responsabilidad a la adjudicataria para los casos de sucesión de plantilla tal cual establece el convenio colectivo de aplicación a este caso concreto no puede ejercer su eficacia pues estaría actuando en contra de la norma imperativa ex artículo 44 ET, precepto que no puede ser disponible convencionalmente. Por tanto, en supuestos en los que exista sucesión de plantilla debe respetarse, al menos, el contenido mínimo necesario de la Directiva. Y existe sucesión de plantilla pues la nueva empresa se hace cargo de una parte esencial del personal de esa entidad, y aunque se haga cargo de los trabajadores ex convenio colectivo, esta circunstancia no afecta al hecho de que la transmisión se refiere a una entidad económica.

Tras la sentencia del TJUE se dictó sentencia por el Tribunal Supremo en fecha 27 de septiembre de 2018 que vino a "alinearse" con la sentencia del tribunal europeo. La sentencia del Tribunal Supremo comienza haciendo referencia al alcance de la transmisión de empresa. A los efectos de la Directiva europea, para que pueda existir transmisión de empresa es necesario que la misma vaya referida a una entidad económica que mantenga su identidad después de la transmisión, entendiéndose por transmisión al conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio, o —y lo que nos interesa en el presente caso— el conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un ob-

53 Entre las más recientes, STS 31 de mayo de 2018 [RJ 2018\3056]; STS 9 de mayo de 2018 [RJ 2018\2328]; STS 3 de mayo de 2018 [RJ 2018\2308].

54 Vid. algunas referencias doctrinales: Arrieta Idiákez, F. J., "¿Cuándo y cómo puede la sucesión de plantilla conllevar la conservación de derechos laborales y de Seguridad Social de los trabajadores afectados?", en AA.VV., *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial: XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago de Compostela, 31 de mayo y 1 de junio de 2018*, Cinca, 2018. Beltrán de Heredia Ruiz, I., "Sucesión de plantilla en contratos intensivos en mano de obra y aplicación del artículo 44 ET: efectos internos de la doctrina "Somoza Hermo"", *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 50, 2019, pp. 61-74. De Castro Marín, E., "El controvertido debate en torno a la subrogación por la vía de la "sucesión de plantilla": comentario a la STJUE de 18 de julio de 2018 en el asunto Somoza Hermo", en AA. VV.: *Estudios sobre Jurisprudencia Europea: Materiales del IV Encuentro anual del Centro Español del European Law Institute*, Sepín, Madrid, 2021. Lantarón Barquín, D., "La subrogación convencional de trabajadores en cuerpo y alma: identidad, autonomía y previsiones de la negociación colectiva sectorial estatal", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 164, 2022, pp. 11-51. Nores Torres, L. E., "Novedades jurisprudenciales en materia de transmisión de empresa: la labor del TJUE y del TS en los últimos dos años", *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, núm. 1, 2020, pp. 90-108. Nores Torres, L. E., "Sucesión de contratos y subrogación convencional: el impulso a una doctrina acertada (a propósito de la STS de 7 de abril de 2016 (RJ 2016, 1702))", *Revista de Información Laboral*, núm. 9, 2016. Olarte Encabo, S., "El futuro de los convenios colectivos en materia de sucesión de plantilla ante la sentencia del TJUE de 11 de julio de 2018 (asunto Somoza Hermo)", AA.VV. (Molina Navarrete, C. Coord.): *Impacto sobre la legislación laboral española de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: XXXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, CARL, 2019, pp. 423-433. Yagüe Blanco, S., "A vueltas con la subrogación empresarial derivada de una sucesión de plantillas: la precariedad laboral del trabajador externalizado", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 220, 2019, pp. 177-208.

jetivo propio. Por lo tanto, ya deducimos que el concepto clave será el de entidad económica y lo que debe entenderse por su noción. La pregunta a responder es la siguiente: un conjunto de trabajadores que ejercen de forma duradera una actividad común (lo que va a permitir a la empresa continuar la actividad de la empresa cedente de forma estable) ¿constituye una entidad económica? Antes de que la pregunta sea respondida deben valorarse ciertos elementos de complejidad.

### Antigua doctrina del Tribunal Supremo

Era doctrina del Tribunal Supremo aquella que establecía que, en una subrogación convencional, era el propio convenio colectivo el que debía configurar el régimen jurídico, extensión y límites de ese mandato, sin que dicho supuesto resultase encuadrable en el artículo 44 ET<sup>55</sup>. De esta doctrina sobre la subrogación convencional debían, por tanto, destacarse las siguientes consecuencias como establece la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 7 de abril de 2016: 1) La empresa entrante asume *“a los trabajadores del empresario saliente (en las condiciones previstas por el convenio) en un caso en que ni la norma comunitaria ni la ley española obligan a ello. b) La realidad material de que la mayoría de trabajadores está al servicio del nuevo empleador provoca una “sucesión de plantilla” y una ulterior “sucesión de empresa”. c) Esta peculiar consecuencia no altera la ontología de lo acaecido, que sigue estando gobernado por el convenio colectivo. d) Puesto que si no existiera el mandato del convenio tampoco habría subrogación empresarial, la regulación pactada aparece como una mejora de las previsiones comunitarias”*<sup>56</sup>. Confirmándose posteriormente que la sucesión o subrogación de la empresa entrante se lleva a cabo en virtud de lo que dispone el convenio sectorial que regula de manera específica esa subrogación, que en otro caso y en los supuestos normales no se produciría, lo que determina que *“las partes que negocian los términos de esa subrogación la puedan llevar a cabo en los términos que estimen convenientes, siempre y cuando no conculquen ningún precepto de Derecho necesario”*<sup>57</sup>. De conformidad con esta doctrina es evidente que era el propio convenio colectivo quién venía a establecer las características y el proceso de la subrogación en los trabajadores de la empresa saliente a la empresa entrante. Si esta hubiera sido la línea jurisprudencial aplicada en el caso *Somoza Hermo* se hubiera exonerado de responsabilidad a la adjudicataria en el servicio para los casos de sucesión de plantilla tal cual establece el convenio colectivo de aplicación a ese caso concreto. Sin embargo, reiteramos: la doctrina ha sido modificada.

### Actual doctrina del Tribunal Supremo

Al hilo de lo anterior, el Tribunal Supremo, en su sentencia de fecha 27 de septiembre de 2018, se alinea con la doctrina *Somoza Hermo*, modificando una de las premisas de su doctrina: *“en contra*

---

<sup>55</sup> STS de 31 de mayo de 2017 [RJ 2017\3163].

<sup>56</sup> STS 7 de abril de 2016 [RJ 2016\1702].

<sup>57</sup> STS 7 de marzo de 2018 [RJ 2018\1257].

## SUCESIÓN DE PLANTILLA Y ACTIVIDADES PRODUCTIVAS QUE DESCANSAN ESENCIALMENTE EN LA MANO DE OBRA

de lo que hemos venido entendiendo, el hecho de que la subrogación de plantilla (la asunción de una parte cuantitativa o cualitativamente relevante) sea consecuencia de lo previsto en el convenio colectivo no afecta al modo en que deba resolverse el problema. Que la empresa entrante se subrogue en los contratos de trabajo de una parte significativa del personal adscrito por mandato del convenio no afecta al hecho de que la transmisión pueda referirse a una entidad económica". De este modo, el concepto de "entidad económica" se convierte en el único que puede erigirse en definidor de la existencia de una transmisión empresarial con efectos subrogatorios. Ahora, "siempre que haya transmisión de un conjunto de medios organizados impera el régimen legal de transmisión y subrogación laboral, debiendo considerarse ilegal el convenio que lo desconozca". Lo que debe hacerse no es abordar el problema atendiendo a la causa de esa continuidad significativa de contratos de trabajo (el mandato convencional). Por el contrario, "son los efectos derivados de la previsión del convenio (asunción de una parte significativa de la plantilla) los que deben valorarse para determinar si hay sucesión de empresa".

En los sectores donde la mano de obra constituye el elemento principal de la actividad empresarial es posible que el conjunto de personas adscritas a la actividad equivalga a la unidad económica cuyo cambio de titularidad activa la subrogación. Pero esa subrogación no puede ser automática ni tampoco incondicionada: la mera asunción de un conjunto de personas no equivale a la transmisión de una unidad productiva en todos los casos. Hay que ponderar el conjunto de circunstancias concurrentes. Por eso, "la sucesión en la contrata (de vigilancia, de limpieza, de cualquier otra actividad de características similares) activa la subrogación empresarial siempre y cuando la operación vaya acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las dos empresas afectadas". Entidad económica en sectores de mano de obra en los cuáles lo relevante será el número (cantidad) o condición (calidad) de quienes han sido asumidos por la nueva empleadora. Por tanto, lo realmente controvertido en estos casos será analizar si existen los requisitos necesarios para hablar de entidad económica en relación a la mano de obra.

Por todo lo expuesto anteriormente el Tribunal Supremo confirma las siguientes premisas: "Primera. Hay transmisión de empresa encuadrable en el artículo 44 ET si la sucesión de contratas va acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las empresas saliente y entrante. Segunda. En actividades donde la mano de obra constituye un factor esencial, la asunción de una parte relevante del personal adscrito a la contrata (en términos cuantitativos o cualitativos) activa la aplicación del artículo 44 ET. Tercero. Cuando (como en el caso) lo relevante es la mano de obra (no la infraestructura) la subrogación solo procede si se da esa asunción de una parte relevante (cuantitativa o cualitativamente) del personal. Cuarto. El hecho de que la asunción de una parte relevante de la plantilla derive de lo preceptuado por el convenio colectivo no impide la aplicación de la anterior doctrina". La consecuencia de la aplicación de la doctrina recogida en la sentencia del TJUE de fecha 11 de julio de 2018, asunto *Somoza Hermo*, y de la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 27 de septiembre de 2018, es que el origen convencional de la asunción de una parte significativa de la plantilla no puede servir para obviar los efectos de la subrogación empresarial del artículo 44 ET. Por tanto, la nueva contratista debe responder solidariamente del pago de las deudas salariales contraídas por su antecesora. En efecto, aun cuando la subrogación de los trabajadores

## SUCESIÓN DE PLANTILLA Y ACTIVIDADES PRODUCTIVAS QUE DESCANSAN ESENCIALMENTE EN LA MANO DE OBRA

venga impuesta por la negociación colectiva, existirá sucesión de plantilla en atención a los trabajadores que se hayan asumido por la nueva empresa (cantidad o calidad en relación al concepto de “entidad económica”), debiendo aplicarse el artículo 44 ET de manera íntegra, precepto que viene a transcribir la Directiva 2001/23/CE.

En definitiva, el Tribunal Supremo se alinea con la doctrina emanada del TJUE, *Somoza Hermo*, confirmando que, cuando haya existido asunción esencial de la plantilla de la empresa saliente por la empresa entrante —nueva empresa—, la exoneración de responsabilidad que se prevea por el convenio colectivo no tiene ningún tipo de validez jurídica, por tanto, como si ese contenido fuera inexistente.

Pero posee también otro importante efecto que debe tenerse en cuenta: cuando se asume una parte esencial de la plantilla ex convenio colectivo (por tanto, por mandato de la norma paccionada), de conformidad con la última doctrina de Tribunal Supremo se produce el efecto de la aplicación íntegra del artículo 44, a pesar de que la asunción de esa parte esencial de la plantilla lo era por mandato del convenio colectivo. Por tanto, el instrumento jurídico por el que se asume una parte esencial de la plantilla es indiferente, pues en el momento en el que se asume la parte esencial de la plantilla (por tanto, una “entidad económica”), se precipita la aplicación del artículo 44 ET en su integridad. Y si se aplica el citado precepto (artículo 44 ET), consecuentemente se deben asumir a todos los trabajadores de la empresa saliente.

Sin perjuicio de todo lo anterior, y desde el reverso de la empresa saliente de la contrata, localizamos otra consecuencia que también debe resaltarse por importante: si asumir una parte esencial de la plantilla ex convenio colectivo precipita la aplicación, en su integridad, del artículo 44 ET, como hemos dicho, consecuentemente se debe acoger a todos los trabajadores y, por ende, la empresa saliente no va a tener que regularizar la plantilla en caso de pérdida de una contrata<sup>58</sup>.

Al final, lo más relevante es la transmisión de la entidad económica, lo que viene a depender del examen particular y concreto de las características de la adjudicación y de la realidad de lo que se transmite. En actividades no materializadas —cuando la sucesión es de trabajadores— habrá que ver la parte de la plantilla en términos cuantitativos y/o cualitativos asumidos por la cesionaria entrante. Al respecto, no podrá exonerarse la responsabilidad de las empresas mediante vía convencional, más atendiendo al principio de jerarquía normativa. El artículo 44 ET es una norma de derecho necesario y, por tanto, debe ser aplicado, en virtud del principio de jerarquía normativa, que en nuestro derecho laboral se contiene en el artículo 3 ET, desplazando la norma convencional en tanto que ésta ofrece un menor grado de protección a los trabajadores<sup>59</sup>.

La clave será la valoración de la plantilla asumida y si la misma es o no calificada de esencial —y, por ende, si hay transmisión de una entidad económica que mantiene su identidad—. En caso de

58 Beltrán de Heredia Ruiz, I., “Sucesión de plantilla en contratas intensivas en mano de obra y aplicación del artículo 44 ET: efectos internos de la doctrina “Somoza Hermo””, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 50, 2019, pp. 61-74 (recurso electrónico).

59 STJS Galicia 26 de julio de 2018 [AS 2018\2155].

## SUCESIÓN DE PLANTILLA Y ACTIVIDADES PRODUCTIVAS QUE DESCANSAN ESENCIALMENTE EN LA MANO DE OBRA

que sea esencial no podrá exonerarse la responsabilidad mediante lo estipulado en el convenio colectivo pues estaremos ante una entidad económica que mantiene su identidad; en caso de que la plantilla cedente asumida por la empresa entrante no sea esencial —por lo que no mantendrá su identidad—, la exoneración vía convencional sí será válida —de acuerdo al nuevo criterio establecido por el Tribunal Supremo— pues no será aplicable —por no entrar dentro de su ámbito de aplicación— la Directiva 2001/23 al no considerarse la transmisión entidad económica.

Doctrina que se termina confirmando por el Tribunal Supremo al declarar lo siguiente<sup>60</sup>: en consecuencia, *“la exclusión del régimen subrogatorio común (artículo 44.3 ET) por parte del convenio colectivo únicamente será válida cuando no se transmita una unidad productiva con autonomía funcional, y no cuando, como aquí ocurre, sí se ha producido esa transmisión, lo que significa que es la sentencia recurrida la que contiene la solución conforme a esos nuevos parámetros, al rechazar la aplicación del artículo 10.5.c) del convenio de limpieza de León en el que se exonera a la empresa entrante de las deudas de la empresa saliente en la contrata, y resolver el litigio mediante lo previsto en el número 3 del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, que impone la condena solidaria de ambas empresas”*.

Y con fecha posterior, el Tribunal Supremo incide en esa doctrina recordando lo que objetivamente debe concurrir para que se dé la sucesión de empresa del artículo 44 ET e insiste en que hay que analizar cada caso para comprobar si el supuesto se acomoda a esas condiciones objetivas identificadas<sup>61</sup>: *“en todo caso, recordemos que habrá sucesión cuando el nuevo empresario adquiere los elementos significativos del activo material o inmaterial o la parte esencial en número y competencias de los trabajadores adscritos a la actividad; de suerte que hay que analizar, en cada caso y de forma global, las circunstancias concurrentes, para determinar cuál es el núcleo que define la “entidad económica” sobre la que se produce el cambio de titularidad. De ahí que haya de examinarse el tipo de empresa o actividad, la transmisión o no de elementos materiales, el valor de los elementos inmateriales, la asunción o no de la mayoría de la plantilla, la transmisión o no de la clientela, el grado de analogía de las actividades antes y después de la transmisión”*<sup>62</sup>. En efecto, es doctrina del TJUE aquella que viene reiterando que han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho que caracterizan la operación en cuestión, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios o los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades. Estos elementos deben apreciarse en el marco de una evaluación

60 STS 24 de octubre de 2018 [RJ 2018\4981] y STS 25 de octubre de 2018 [RJ 2018\5324].

61 STS 8 de enero de 2019 [RJ 2019\432].

62 STJCE 7 de marzo de 1996, asunto Merks y Neuhuys, C-171/94 [TJCE 1996\41].

## SUCESIÓN DE PLANTILLA Y ACTIVIDADES PRODUCTIVAS QUE DESCANSAN ESENCIALMENTE EN LA MANO DE OBRA

de conjunto de las circunstancias del caso y, por lo tanto, no pueden apreciarse aisladamente<sup>63</sup>. Por tanto, la doctrina sobre transmisión de empresa considera que la mera sucesión de contratistas no implica de modo automático la existencia de una sucesión empresarial<sup>64</sup>, pues también en este caso debe examinarse la concurrencia de las condiciones indicadas, esto es, si ha habido una asunción de activos patrimoniales necesarios por parte de la entrante o, si por tratarse de una actividad en la cual el elemento definidor de la entidad económica es la mano de obra, se ha producido la asunción de la plantilla de la saliente. De lo que se trata, pues, es de que, no solo la actividad sea la misma, sino que, además, se haya producido esa transmisión de elementos significativos, lo que exige analizar cuáles son en cada caso concreto los elementos que resultan esenciales o relevantes para la actividad que la entidad realiza.

Más adelante —en el tiempo—, de nuevo, el Tribunal Supremo se refiere al alineamiento y acogimiento de la doctrina *Somoza Hermo* en este otro caso en el que se establece que existe sucesión de contratistas en el servicio de limpieza por tratarse de una actividad en la que lo relevante es la mano de obra —actividad, por tanto, desmaterializada—, haciéndose cargo la empresa entrante de una parte significativa de la plantilla, a pesar de que el convenio colectivo establece la sucesión siempre que se cumplan las condiciones pactadas, confirmando el Tribunal Supremo que, en estos casos, pese a la contraria previsión del convenio colectivo, el nuevo empresario responde de las deudas del anterior en los términos del artículo 44.3 ET<sup>65</sup>. Específicamente, lo que se plantea en el recurso es lo siguiente: *“debemos resolver en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina si en el caso de subrogación empresarial por sucesión en una contrata de limpieza derivada de la aplicación de un convenio colectivo, la empresa entrante ha de hacerse cargo solidariamente con la saliente de las deudas salariales contraídas por ésta durante la vigencia de los contratos de trabajo de los operarios que han pasado a integrar la plantilla de la entrante por subrogación, en los términos del artículo 44.3 ET, o por el contrario ha de aplicarse la exoneración de la nueva empresa en el pago de esas deudas por haberlo previsto así el propio convenio colectivo en cuya virtud precisamente se ha producido la sucesión empresarial”*<sup>66</sup>.

De todo ello debe concluirse lo siguiente<sup>67</sup>: *“1. La subrogación de personal por aplicación de la normativa prevista en los convenios colectivos para los casos de sucesión de contrata no excluye la concurrencia de un supuesto de sucesión de empresa del artículo 44 LET. 2. La sumisión de estos supuestos a la regulación de la sucesión de empresa dependerá de si se cumplen los requisitos es-*

63 STJUE 19 octubre 2017, asunto *Securitas*, C-200/16.

64 Temática tratada en Serrano García, M<sup>a</sup>. J., “¿Puede entenderse como transmisión de empresa la mera sucesión de contratistas?”, en GARCÍA MURCIA, J. (Dir.) *et al. Transmisión de empresa y sucesión en el desarrollo de actividades empresariales. Un estudio a partir de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2019, pp. 177-200.

65 STS 12 de noviembre de 2019 [RJ 2019\4865].

66 STS 12 de noviembre de 2019 [RJ 2019\4865].

67 STSJ Castilla-La Mancha 18 de noviembre de 2020 [AS 2021\526].

## SUCESIÓN DE PLANTILLA Y ACTIVIDADES PRODUCTIVAS QUE DESCANSAN ESENCIALMENTE EN LA MANO DE OBRA

tablecidos para ello, en los términos legales y jurisprudenciales, esencialmente, que se haya producido transmisión de elementos significativos: a) Transmisión de la unidad económica empresarial. b) En sectores donde la mano de obra constituye el elemento principal de la actividad empresarial, que haya una transmisión trascendente de los trabajadores adscritos al servicio. 3. Si se dan los requisitos de la sucesión de empresas, el régimen aplicable es el de ésta; si no hay sucesión de empresas, entonces el régimen aplicable es el del convenio colectivo". Sin embargo, quedan varios elementos de conflicto que pueden surgir con este nuevo régimen jurídico<sup>68</sup>, como es, por ejemplo, todo lo relativo al cumplimiento de los requisitos establecidos por los convenios colectivos para que tenga lugar la subrogación del personal y su trascendencia a efectos de la concurrencia de una sucesión de empresa<sup>69</sup>.

Volviendo al supuesto concreto<sup>70</sup>, se hace necesario evaluar la situación de hecho que se da en el presente caso para decidir si existe o no sucesión de empresa. Al respecto se da la siguiente referencia de hecho trayendo a colación lo que más nos interesa para la solución que se da en este supuesto: "Prosegur Soluciones Integrales de Seguridad S.A. se subroga en cinco de los diez trabajadores que realizaban el citado servicio, atendiendo para ello a la antigüedad de estos", alegando "que el contrato de prestación de servicios supone un total de 9.033,6 horas de vigilancia contratada a razón de un modelo H 24 de prestación de servicios y atendiendo a la jornada anual fijada en el convenio colectivo ello supone un total de vigilantes de 5. Siendo esta la situación concurrente debe destacarse que no hay duda de que en la prestación de servicios de la entidad saliente realizada en el centro de trabajo Planta Termo solar sita en la localidad de Puertollano con 10 vigilantes de seguridad. La convocatoria de la empresa cliente propone 2 fórmulas de servicio (los denomina escenarios), una de ellas es la de mantener el servicio anterior con 10 vigilantes siendo el servicio de seguridad 100% presencial, 24 h, 365 días; la otra es la de instalación de sistema anti-intrusión y sistema CCTV en ambas plantas de modo que se contaría con 2 vigilantes de seguridad sin arma 24 h los 365 días y 1 auxiliar de servicios de lunes a viernes 8h/día, facilitando 1 vehículo para rondas a cada vigilante, uno en Termollano y otro en la planta de biomasa. Prosegur participó en la convocatoria optando, según parece desde la adjudicación acontecida, con el segundo escenario, algo que evidentemente decidió ella por voluntad propia, siéndole adjudicado el servicio".

Ante tales hechos, resuelve el Tribunal Superior de Justicia lo siguiente<sup>71</sup>: "es evidente que 5 trabajadores de 10 es la mitad de la plantilla, y que la forma de prestación del servicio ha cambiado de modo sustancial. Pero no puede olvidarse que lo que debe llevar a la decisión judicial es la particularidad de cada caso; y en nuestro caso lo que resulta es que se presta el mismo servicio de vigilancia en términos de identidad de las instalaciones y de la parte contratante, y varía la forma en que

68 STS 8 de enero de 2019 [RJ 2019, 432].

69 STSJ Castilla-La Mancha 18 de noviembre de 2020 [AS 2021\526].

70 STSJ Castilla-La Mancha 18 de noviembre de 2020 [AS 2021\526].

71 STSJ Castilla-La Mancha 18 de noviembre de 2020 [AS 2021\526].

*se prestan por voluntad de la adjudicataria que ha elegido por sí misma no mantener el mismo sistema anterior sino optar por el segundo que es el que ejecuta. Esta particularidad permite afirmar que realmente ha tenido lugar una asunción del mismo servicio pero que ante la posibilidad de establecer un cambio en el sistema de organización del mismo deja fuera de la prestación de servicios a cinco de los 10 trabajadores que lo realizaban con la empresa saliente. Es evidente que la decisión no se ha adoptado por la saliente sino por la entrante que ha adoptado por la vía de la concurrencia a la contrata y su adjudicación, por sí misma ya que sabía que la prestación del mismo servicio pero en la modalidad anterior se realizaba por 10 trabajadores, una reducción de horas de servicio personales sustituidas por las cámaras de vigilancia. No se puede negar la licitud de la opción y de la nueva fórmula de servicio, pero ello no puede afectar a la obligación de subrogar y, en su caso, de adoptar las decisiones extintivas por causa cierta y posiblemente eficaz de haber modificado la forma de servicio y reducir con ello la necesidad de horas presenciales de vigilantes de seguridad". En suma, se considera lógica y ajustada la decisión de confirmar el supuesto de sucesión empresarial vinculante.*

## 3. ALGUNOS CASOS RELEVANTES EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL RESPECTO A LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA “SOMOZA HERMO”

**1) Transmisión de una entidad económica que, a pesar de la reducción en horas contratadas, mantiene su identidad esencial.** Interesante es la siguiente sentencia del Tribunal Supremo que viene a aplicar la doctrina *Somoza Hermo*<sup>72</sup>. El núcleo de la cuestión debatida se circunscribe a determinar si, en el ámbito de una sucesión de contratas en el sector de seguridad privada en el que el servicio objeto de contratación sufre una disminución, la obligación de subrogación impuesta en el convenio colectivo alcanza a todos los trabajadores que prestaban servicios en la contrata o, por el contrario, la empresa entrante puede ajustar el número de trabajadores objeto de subrogación a las características del servicio reducido que asume como consecuencia de la propia contrata. La solución al problema planteado fue establecida en reciente sentencia del Tribunal Supremo<sup>73</sup>. La doctrina de la Sala de lo Social en los supuestos de sucesión de contratas con modificación de su volumen por reducción del mismo se ha venido resolviendo por la vía del despido por circunstancias objetivas o por la reducción de jornada —a través de una modificación sustancial de las condiciones

<sup>72</sup> STS 8 de enero de 2019 [RJ 2019\423].

<sup>73</sup> STS 8 de mayo de 2018 [RJ 2018\2658].

## SUCESIÓN DE PLANTILLA Y ACTIVIDADES PRODUCTIVAS QUE DESCANSAN ESENCIALMENTE EN LA MANO DE OBRA

de trabajo<sup>74</sup>. En efecto, la reducción de la contrata no viene considerándose causa para excusar al nuevo contratista del deber de subrogarse en los contratos de los trabajadores del anterior contratista, por lo que, en caso de dificultades para cumplir ese deber, no se viene permitiendo la rescisión del contrato por fin del mismo —o por terminación de la obra—, sino que sólo cabe acudir a la vía de un despido por causas objetivas o a la reducción de jornada por la vía del artículo 41 ET<sup>75</sup>. En la doctrina del Tribunal Supremo se ha venido resolviendo que *“la empresa entrante, salvo que el convenio disponga otra cosa, es quien debe subrogarse en toda la plantilla destinada en la contrata que asume y proceder, posteriormente, al despido por causas objetivas del personal que no resulte necesario para la prestación del servicio o la ejecución de la obra contratada. En todas ellas la decisión tomada se ha fundado en las disposiciones del convenio colectivo de aplicación o en la falta de acreditación de la concurrencia de las circunstancias exigidas por el convenio para que esta tenga lugar”*<sup>76</sup>. Y continúa el Tribunal Supremo estableciendo que, *“aunque es cierto que el convenio colectivo estatal para empresas de seguridad (BOE del 12 de enero de 2015) aplicable al tiempo de suscribirse las contratas, según su artículo 14, con redacción similar al convenio colectivo anterior (BOE del 25 de abril de 2013) libera en su artículo 14-C.2-2 del deber de subrogación que impone a la nueva adjudicataria del servicio cuando este se suspende o reduce”*<sup>77</sup>, *“no lo es menos que la exención o dispensa de ese deber de subrogación no se produce, conforme al último inciso de ese precepto convencional, cuando se prueba que el servicio se reinicia o amplía por la misma empresa o por otra”*<sup>78</sup>. En este sentido, y para lo que nos interesa, las precedentes consideraciones *“obligan a la Sala a señalar que es más correcta la doctrina contenida en la sentencia de contraste, en cuanto que la sucesión de contratas como la que nos ocupa no se regula por el artículo 44 ET, sino por las disposiciones del convenio colectivo de aplicación”*. Sin embargo, en materia de sucesión convencional de contratas, a propósito —precisamente— de la aplicación de la regulación del artículo 14 del convenio colectivo para las empresas de seguridad, hay que acudir a la doctrina *Somoza Hermo*<sup>79</sup>, asumida por el Tribunal Supremo<sup>80</sup>.

La sentencia del tribunal con sede en Luxemburgo, partiendo de que cuando el convenio colectivo regula supuestos de obligación de subrogación está introduciendo tales supuestos en el ámbito

<sup>74</sup> Guindo Morales, S., *Caracterización jurídica y causas del despido objetivo en la normativa, doctrina y jurisprudencia tras las recientes reformas laborales*, Comares, Granada, 2020. Guindo Morales, S., *Acción de impugnación judicial, calificación y efectos jurídicos de la extinción del contrato de trabajo por circunstancias objetivas*, Laborum, Murcia, 2020. Guindo Morales, S., *Las garantías formales y procedimentales de la resolución del contrato de trabajo por motivos empresariales*, Laborum, Murcia, 2021.

<sup>75</sup> STS 16 de julio de 2014 [RJ 2014\4426], STS 3 de marzo de 2015 [RJ 2015\1431], STS 21 de abril de 2017 [RJ 2017\2689] y STS 18 de mayo de 2017 [RJ 2017\3027].

<sup>76</sup> STS 8 de enero de 2019 [RJ 2019\423].

<sup>77</sup> STS 21 de septiembre de 2012 [RJ 2012\2388].

<sup>78</sup> STS 8 de enero de 2019 [RJ 2019\423].

<sup>79</sup> [TJCE 2018\142].

<sup>80</sup> STS 27 de septiembre de 2018 [RJ 2018\4619].

de aplicación de la Directiva, reitera que, conforme al artículo 1 apartado 1 letra b) de la Directiva 2001/23, para que esta norma sea aplicable, la transmisión debe tener por objeto una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio; ya que el objetivo perseguido por el convenio colectivo de las empresas de seguridad *“es el mismo que el de la Directiva 2001/23 y que este convenio colectivo regula expresamente, en lo que atañe a la asunción de una parte del personal, el caso de una nueva adjudicación como la que es objeto del litigio principal”*<sup>81</sup>. Partiendo de tal premisa, se recuerda que el TJUE ha declarado que, en la medida en que, en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad aun después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea. En este supuesto, *“el nuevo empresario adquiere en efecto el conjunto organizado de elementos que le permitirá continuar las actividades o algunas actividades de la empresa cedente de forma estable”*<sup>82</sup>. Concluye, por tanto, la doctrina del TJUE en que la Directiva se aplica a *“una situación en la que un arrendatario de servicios ha resuelto el contrato de prestación de servicios de vigilancia de instalaciones celebrado con una empresa y, a efectos de la ejecución de esta prestación, ha celebrado un nuevo contrato con otra empresa que se hace cargo, en virtud de un convenio, de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que la primera empresa destinaba a la ejecución de dicha prestación, siempre y cuando la operación vaya acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las dos empresas afectadas”*.

Consecuencia de esta fundamentación jurídica del TJUE, el Tribunal Supremo termina modificando el punto inicial de partida que venía aplicando, considerándose, actualmente, el hecho de que la empresa entrante se subrogue en los contratos de trabajo de una parte significativa del personal adscrito por mandato del convenio no afecta al hecho de que la transmisión pueda referirse a una entidad económica. Por tanto, es el concepto de “entidad económica”, el único que puede erigirse en definidor de la existencia de una transmisión empresarial con efectos subrogatorios. Y la determinación de si eso sucede ha de hacerse ponderando el conjunto de circunstancias concurrentes en cada caso: *“en sectores donde la mano de obra constituye el elemento principal de la actividad empresarial es posible que el conjunto de personas adscritas a la actividad equivalga a la unidad económica cuyo cambio de titularidad activa la subrogación. Pero no se trata de algo que pertenezca al terreno de lo abstracto o dogmático sino al de los hechos y de su prueba. Es decir, el examen de las características de la adjudicación (condiciones de tiempo, exigencias sobre el modo de suministrar los servicios a la empresa principal, dirección del grupo de personas adscrito, adscripción*

81 Véase, en este sentido, STJUE 24 de enero de 2002, Temco, C-51/00 [TJCE 2002\29].

82 STJUE 20 de enero de 2011 [TJCE 2011\4], CLECE, C-463/099.

*funcional permanente o aleatoria, etcétera), de la realidad transmitida (afectación funcional y locativa, medios audiovisuales, programas informáticos, mobiliario para el personal, etcétera), del alcance que tenga la asunción de personas (no solo cuantitativa, sino también cualitativa) son aspectos valorables para despejar esa incógnita, que constituye al tiempo un condicionante de la subrogación. Eso significa, claro, que en sectores donde la mano de obra constituye lo esencial ha de valorarse de manera muy prioritaria el dato relativo al número o condición de quienes han sido asumidos por la nueva empleadora, al margen del título o motivo por el que ello suceda”<sup>83</sup>.*

A partir de ahí, dados los términos en que el convenio colectivo disciplina la subrogación, será lógico que quien sostenga que no se ha producido la asunción suficientemente relevante de la mano de obra así lo acredite (de conformidad con la “carga de la prueba” del artículo 217 LEC<sup>84</sup>) y que se produzca el debate correspondiente cuando la cuestión sea controvertida. En definitiva, la Sala de lo Social ha sentado, respecto de la cuestión que nos ocupa, las siguientes premisas: “Primera. Hay transmisión de empresa encuadrable en el artículo 44 ET si la sucesión de contratadas va acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las empresas saliente y entrante. Segunda. En actividades donde la mano de obra constituye un factor esencial, la asunción de una parte relevante del personal adscrito a la contrata (en términos cuantitativos o cualitativos) activa la aplicación del artículo 44 ET. Tercera. Cuando (como en el caso) lo relevante es la mano de obra (no la infraestructura) la subrogación solo procede si se da esa asunción de una parte relevante (cuantitativa o cualitativamente) del personal. Cuarta. El hecho de que la asunción de una parte relevante de la plantilla derive de lo preceptuado por el convenio colectivo no impide la aplicación de la anterior doctrina”<sup>85</sup>.

Volviendo al caso concreto<sup>86</sup>, la aplicación de la anterior doctrina —a la que acabamos de hacer referencia— al supuesto examinado “debe llevar a la desestimación del recurso” por cuanto que la Sala de lo Social entiende que, al margen de la disminución de las horas contratadas, “sí se ha producido una transmisión de una entidad económica que mantiene esencialmente su identidad entre las dos empresas afectadas”. Es cierto que los hechos probados “no permiten concluir —directamente— que la empresa recurrente haya asumido una parte esencial de la plantilla en términos de competencias o numéricos, ni tampoco que no los haya asumido. Pero no es menos cierto que la sentencia recurrida sólo da cuenta del despido del actor y de ningún otro trabajador, lo que posibilita concluir que esa asunción de personal permite deducir que lo asumido conforma una entidad económica que, a pesar de la reducción en horas contratadas, mantiene su identidad esencial”. Para el Tribunal Supremo termina siendo fundamental el hecho de que sólo un trabajador

<sup>83</sup> En STS 27 de septiembre de 2018 [RJ 2018\4619].

<sup>84</sup> Artículo 217.2 LEC: “Corresponde al actor y al demandado reconviniendo la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención”.

<sup>85</sup> STS 8 de enero de 2019 [RJ 2019\423] en referencia a la doctrina de la STS 27 de septiembre de 2018 [RJ 2018\4619].

<sup>86</sup> El planteado en la STS 8 de enero de 2019 [RJ 2019\423].

no fue asumido como consecuencia de la reducción de jornada por la subrogación impuesta convencionalmente. Teniendo en cuenta, además, que quien tenía la carga de probar que no se había producido una transmisión en los términos de sucesión de una entidad económica con identidad propia *“era la recurrente, que no lo hizo”*<sup>87</sup>. Lógicamente, con ello no se quiere decir que el precepto convencional que permite la subrogación en una parte limitada de la plantilla en los supuestos de disminución de la contrata sea, siempre y en todo caso, ilegal e inaplicable. No es así; lo que el Tribunal Supremo defiende es que la asunción de la totalidad de la plantilla sucederá cuando lo transmitido sea una entidad económica que mantenga su identidad —esta es la noción clave—; en tales casos, la subrogación se impone por la Directiva 2001/23 y por el artículo 44 ET, aunque ello se revele como consecuencia de la asunción de la plantilla impuesta por el convenio colectivo<sup>88</sup>.

Asumida la sucesión de plantilla como entidad económica, la consecuencia es la aplicación de la doctrina contenida en STS de 10 de enero de 2017<sup>89</sup>: *“en ella la cuestión que se planteaba consistía en determinar la calificación del despido objetivo del que fue objeto la actora por razones organizativas derivadas de la reducción de la contrata que se adjudicó, lo que le obligó a subrogarse en el personal empleado por la anterior contratista. Se trataba de una sucesión de contratas en la que las contratistas asumían la prestación del servicio contratado con una reducción en el volumen de la contrata y la obligación de subrogación por imposición del convenio colectivo de todo el personal de la anterior contrata, lo que provocaba que las nuevas adjudicatarias del servicio se enfrentasen a la necesidad de reducir, proporcionalmente, el número de trabajadores empleados para la ejecución de la contrata, lo que hicieron acudiendo a despidos individuales objetivos. Nuestra sentencia reiteró doctrina y confirmó la desestimación de la demanda al entender que concurrían las causas organizativas alegadas y que las mismas justificaban la extinción contractual que era razonable y proporcionada. Sostuvimos —al igual que ahora— que la reducción del volumen de la contrata no implica que la nueva adjudicataria se libere de su deber por ese motivo, cuando lo transmitido es una entidad económica que mantiene su identidad, pero puede acudir a un despido objetivo o, en su caso, colectivo con base en esa causa para reducir la plantilla”*<sup>90</sup>.

**2) Aplicación de la doctrina Somoza Hermo en supuestos de despidos realizados en fechas anteriores al citado cambio doctrinal.** La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación<sup>91</sup>, consiste en si la sentencia del TJUE 11 de julio de 2018, doctrina *Somoza Hermo*<sup>92</sup>, y la posterior jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, puede ser aplicada a un supuesto de despido que

87 Al igual que en STS de 27 de septiembre 2018 [RJ 2018\4619] invocándose de contrate STS 21 de septiembre de 2012 [RJ 2013\2388].

88 STS 8 de enero de 2019 [RJ 2019\423].

89 STS de 10 de enero de 2017 [RJ 2017\257].

90 STS 8 de enero de 2019 [RJ 2019\423].

91 STS 29 de marzo de 2022 [RJ 2022\2212].

92 [TJCE 2018, 142].

## SUCESIÓN DE PLANTILLA Y ACTIVIDADES PRODUCTIVAS QUE DESCANSAN ESENCIALMENTE EN LA MANO DE OBRA

tuvo lugar en fechas anteriores a aquella sentencia del TJUE como consecuencia de la reducción de una contrata y de su repercusión en la obligación de subrogación convencionalmente establecida.

Más concretamente, la empresa ahora recurrente en casación para la unificación de doctrina (Viriato Seguridad) sucedió en una contrata de seguridad a la empresa Castellana de Seguridad, SAU, absorbida posteriormente por Ombuds Compañía de Seguridad, S.A siendo la empresa principal el Ayuntamiento de Granada. El 2 de octubre de 2017, Viriato Seguridad comunicó a Castellana de Seguridad los contratos de trabajo en los que subrogaría y en los que no se subrogaría, por la reducción de las horas operada en los servicios objeto de licitación. Viriato Seguridad alegaba que, por esta reducción de horas, no podía dar ocupación efectiva a los 16 trabajadores ocupados en la contrata. Asumió al 62,5 por ciento de dichos trabajadores. Cuatro de los trabajadores que no incorporó Viriato Seguridad demandaron por despido a Castellana de Seguridad (Ombuds Compañía de Seguridad), a Viriato Seguridad y al Ayuntamiento de Granada. La sentencia del Juzgado de lo Social núm. 6 de Granada, de fecha 19 de marzo de 2019, estimó la demanda y condenó por despido improcedente al Ayuntamiento de Granada. Tanto Viriato Seguridad como el Ayuntamiento de Granada recurrieron en suplicación. La sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Justicia de Andalucía, sede de Granada, 23 de enero de 2020<sup>93</sup>, estimó el recurso del Ayuntamiento de Granada y desestimó el recurso de Viriato Seguridad. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Granada, condenó por despido improcedente a la empresa Viriato Seguridad por entender que debe ser Viriato de Seguridad la que se subrogue, siendo la mano de obra el factor esencial y habiendo asumido una parte esencial de la plantilla<sup>94</sup>.

Cuestión que llega al Tribunal Supremo y que, sustentándose en la doctrina *Somoza Hermo* y a su propio alineamiento<sup>95</sup>, concreta que, en el presente caso, debe desestimarse el recurso de casación, *“ya que se ha producido una transmisión de una entidad económica que mantiene esencialmente su identidad entre las dos empresas afectadas, con independencia de que se haya producido una disminución de las horas contratadas. La empresa recurrente ha asumido una parte esencial de la plantilla, lo que permite afirmar que lo asumido conforma una entidad económica que, a pesar de la reducción en horas contratadas, mantiene su identidad esencial”*<sup>96</sup>.

---

93 [AS 2020\1481].

94 Para llegar a dicha conclusión la sentencia se basó en STJUE 11 de julio de 2018, *Somoza Hermo* [TJCE 2018\142], STS 10 de enero de 2017 [RJ 2017\257], STS 30 de marzo de 2017 [RJ 2017\1811], STS 8 de enero de 2019 [RJ 2019\423] y STS 5 de marzo de 2019 [RJ 2019\1534]. Guindo Morales, S., “Sobre la readmisión del trabajador tras la declaración de improcedencia del despido objetivo por causas técnicas y organizativas una vez jubilado anticipadamente desde el día siguiente a la fecha de efectividad del despido”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 53, 2019.

95 STJUE 11 de julio de 2018 [TJCE 2018\142], STS 27 de septiembre de 2018 [RJ 2018\4619], STS 8 de enero de 2019 [RJ 2019\423] y STS 5 de marzo de 2019 [RJ 2019\1534].

96 STS 29 de marzo de 2022 [RJ 2022\2212].

**3) La asunción de una parte relevante del personal adscrito a la contrata (en términos cuantitativos o cualitativos), activa la aplicación del artículo 44 ET.** Continuando con la aplicación de la doctrina comunitaria y los elementos de consideración por los tribunales nacionales, se nos plantea ahora un caso interesante. Se trataba en este supuesto de un trabajador que ha prestado servicios por cuenta y orden de la empresa Veolia, desde el 3 de diciembre de 2010 hasta el 4 de enero de 2019. El trabajador prestaba servicios en las instalaciones del Real Canoe Natación Club como trabajador adscrito al contrato de mantenimiento de las instalaciones de dicha entidad (sala de máquinas, piscinas, climatización y demás maquinaria) adjudicado a la demandada. En fecha de 11 de diciembre de 2018, el Real Canoe Natación Club comunicó por escrito a la mercantil Veolia la finalización de su contrato de prestación de servicios el siguiente día 31 de diciembre y su voluntad de no suscribir un nuevo contrato. A consecuencia de lo anterior, el 27 de diciembre de 2018, la empresa comunicó al trabajador que, de forma temporal, y hasta que pudiera asignarle un nuevo cliente donde prestar servicios, a partir del día 2 de enero de 2019 debería acudir al domicilio social de la empresa. Por otro lado, en fecha de 1 de enero de 2019, el Real Canoe Natación Club suscribió con la empresa Simalga un contrato de prestación de servicios de mantenimiento de la sala de máquinas, piscinas, climatización y demás maquinaria de sus instalaciones. El 1 de enero de 2019 el trabajador suscribió un contrato por obra o servicio determinado a jornada completa con la empresa Simalga para prestar servicios en las instalaciones de Real Canoe Natación Club. Ello, no obstante, durante los días 2, 3 y 4 de enero el trabajador siguió prestando servicios efectivos para Veolia, acudiendo al centro de trabajo señalado por ésta. Sin embargo, el 4 de enero de 2019, la empresa Veolia comunicó por escrito al trabajador lo siguiente: *“esta empresa ha tenido conocimiento que con fecha 1 de enero de 2019 ha sido dado de alta por la nueva empresa adjudicataria del servicio de mantenimiento de las instalaciones del Canoe. Consecuencia de ello, le comunicamos que esta entidad procederá a cursar su baja en seguridad social con dicha fecha, al entender que nos encontramos ante la figura de la sucesión empresarial del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores por asunción de plantilla de la nueva adjudicataria”*. De los cuatro trabajadores que la mercantil Veolia había destinado a la ejecución del servicio de mantenimiento del Real Canoe Natación Club, dos (uno de ellos el demandante) suscribieron un nuevo contrato con Simalga sin reconocimiento de la fecha de antigüedad generada en Veolia, y un tercero alcanzó un acuerdo conciliatorio con la misma empresa en sede judicial, por virtud del cual, Simalga reconoció la improcedencia de su despido y abonó la indemnización correspondiente (en cantidad de 3.500 euros netos).

El núcleo casacional debatido gira en torno a la denominada sucesión de plantillas: si debe aplicarse el artículo 44 ET en función de si el servicio descansa sustancialmente en la mano de obra, o, por el contrario, resultan imprescindibles equipamiento y bienes materiales. La sentencia hoy recurrida vino a estimar el recurso de suplicación formulado por Veolia frente a la sentencia de instancia que, sin embargo, había declarado la improcedencia del despido. Más concretamente, el Tribunal Superior de Justicia absolvía a la mercantil demandada sosteniendo que no existió el acto de despido que se le atribuye. Argumenta la Sala que resulta aplicable la doctrina de la sucesión empresarial por continuación de la misma actividad con incorporación de la mayor parte de la plantilla en aquellos casos en que los medios materiales no son lo más relevante de la actividad productiva, y

## SUCESIÓN DE PLANTILLA Y ACTIVIDADES PRODUCTIVAS QUE DESCANSAN ESENCIALMENTE EN LA MANO DE OBRA

que el actor debió ser jurídicamente objeto de subrogación, sin que la falta del reconocimiento de la antigüedad sea cuestión imputable a la empresa Veolia<sup>97</sup>.

En este supuesto se confirma por el Tribunal Supremo que nos encontramos ante actividades donde la mano de obra constituye un factor esencial cuando la empresa entrante asume una parte relevante de personal adscrito a la contrata en términos cuantitativos o cualitativos, debiendo estar-se a la entidad o competencia en el desempeño de los servicios, de forma que resulta insuficiente examinar de manera aislada el *quantum* personal objeto de asunción, a excepción de que la plantilla incorporada sea tan relevante o sustancial que venga a permitir soslayar el análisis de sus competencias. En el caso concreto, el Tribunal Supremo confirma la existencia de sucesión de plantillas por asumirse por la empresa entrante el 75% de la empresa saliente, confirmando que el convenio colectivo solo puede mejorar la regulación del ET y de la Directiva 2001/23/CE, pero no empeorarla.

Herramienta necesaria para resolver la cuestión planteada es la doctrina acuñada por esta Sala IV en los supuestos de sucesión y que puede quedar resumida en lo siguiente<sup>98</sup>: *“a) La exclusión del régimen subrogatorio común (artículo 44 ET) por parte del convenio colectivo únicamente es válida cuando no se transmite una unidad productiva con autonomía funcional. b) El convenio colectivo puede mejorar la regulación del ET y de la Directiva 2001/23/CE, no preterirla o empeorarla. Las previsiones convencionales solo rigen “siempre y cuando no conculquen ningún precepto de Derecho necesario”. c) Cuando el convenio obliga a la asunción de la plantilla preexistente en supuestos adicionales a los legales, aunque materialmente haya una “sucesión de plantilla” no debe acudir-se a la regulación común, puesto que lo pactado opera como mejora de las previsiones heterónomas. d) Siempre que haya transmisión de medios materiales o infraestructura productiva lo que procede es aplicar el régimen general de la transmisión de empresa con subrogación laboral”*.

En lo que afecta a las cargas probatorias, en principio, y siempre por referencia a estos supuestos en que lo relevante no es la infraestructura productiva puesta en juego, la adjudicación de una nueva contrata a empleador diverso del saliente nos sitúa ante la transmisión de la “entidad económica”. Para ello habrá que estar al análisis de las características de la adjudicación, de la realidad transmitida o del alcance que tenga la asunción de personas (tal y como ha venido manifestando reiteradamente la última doctrina del Tribunal Supremo). Tratándose de la denominada sucesión de plantillas, se han integrado las expresiones “*número relevante o significativo*” de trabajadores asumidos, “*asunción de personas cuantitativa y cualitativa*” o “*parte esencial, en términos de número y competencias*”. De este modo, el Tribunal Supremo ha venido postulando que “*un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica y, por consiguiente, dicha entidad puede mantener su identidad, aun después del cese de la anterior contrata, cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de*

<sup>97</sup> STSJ Madrid 18 de septiembre de 2020 [JUR 2020\315782].

<sup>98</sup> STS 23 de marzo de 2022 [RJ 2022\1553], STS 27 de septiembre de 2018 [RJ 2018\4619], STS 8 de septiembre de 2021 [RJ 2021\4275] y STS 18 de enero de 2022 [RJ 2022\457].

## SUCESIÓN DE PLANTILLA Y ACTIVIDADES PRODUCTIVAS QUE DESCANSAN ESENCIALMENTE EN LA MANO DE OBRA

que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea<sup>99</sup>. En este supuesto, el nuevo empresario adquiere en efecto el conjunto organizado de elementos que le permitirá continuar las actividades o algunas actividades de la empresa cedente de forma estable<sup>100</sup>.

Del recorrido doctrinal ha de inferirse, por tanto, la trascendencia del análisis del número y competencias de la plantilla objeto de incorporación por la mercantil entrante, siendo el punto de partida o presupuesto esencial el de la continuidad en la actividad transmitida. Y siendo la mano de obra el elemento fundamental habrán de valorarse, en consecuencia, los parámetros atinentes al número (elemento cuantitativo) y condición (elemento cualitativo) de quienes han sido asumidos por la nueva empleadora, al margen del título o motivo por el que ello suceda, en aras de perfilar el mantenimiento de la unidad económica objeto de transmisión.

Respecto al elemento de índole cuantitativa, el Tribunal Supremo no establece ninguna cuantía o porcentaje exacto o concreto, confirmando la relevancia del factor cuando se supera con creces la cifra del 50%, mientras que también ha considerado esencial un porcentaje inferior —acogimiento de tres trabajadores de los 7 u 8 que prestaban el servicio—, argumentando al respecto que el número de personas “no representa meramente un 50% o menos sino que en realidad es parte esencial para el desempeño de la contrata si nos atenemos a las condiciones en que la misma se lleva a cabo: un auxiliar de servicios 24 horas, todos los días del año; un auxiliar de servicios de las 10 a las 22 horas de lunes a sábados laborables; un auxiliar de servicios de las 10 a las 22 horas los domingos y festivos de apertura”<sup>101</sup>. Se asocia, de esa forma, la cuantía con la entidad o competencia en el desempeño de los servicios, componentes que aparecen así íntimamente relacionados, lo que evidencia la insuficiencia de examinar de manera aislada el *quantum* personal objeto de asunción, salvo cuando el alcance de la plantilla incorporada sea tan sustancial o relevante en sí mismo que permita soslayar el análisis de sus competencias<sup>102</sup>.

En el concreto supuesto que ahora se enjuicia, la prestación de los servicios de mantenimiento en la contrata precedente se venía efectuando por el demandante y otros tres trabajadores (por tanto, un total de cuatro operarios), de los cuales dos suscribieron un nuevo contrato de trabajo con la mercantil (uno de ellos el propio demandante, que siguió realizando las mismas funciones que desempeñaba con anterioridad) y un tercer trabajador que firmó un acuerdo de conciliación judicial con la misma entidad entrante. Desde ese plano personal, por tanto, se evidencia la relevancia del parámetro cuantitativo: el 75% de la plantilla (tres de cuatro trabajadores) se anuda al reconocimiento de la subrogación por dicha mercantil respecto de uno de aquellos trabajadores. Tales circunstancias determinan la aplicación de la doctrina acerca de la sucesión de plantilla, pues la mano de obra

99 STS 27 de abril de 2015 [RJ 2015\1714].

100 STJUE 20 de enero de 2011 [TJCE 2011\4].

101 STS 9 de abril de 2013 [RJ 2013\5127].

102 STS 23 de marzo de 2022 [RJ 2022\1553].

constituye un factor esencial, y no la infraestructura; la asunción de una parte relevante del personal adscrito a la contrata (en términos cuantitativos o cualitativos), activa, en consecuencia, la aplicación del artículo 44 ET.

**4) Inexistencia de sucesión por la no relevancia de los elementos cuantitativos y cualitativos.** En este caso, el Tribunal Supremo considera que no existe sucesión al no constar la transmisión de medios materiales, ni tampoco la relevancia del personal transmitido (3 de 9 trabajadores)<sup>103</sup>. Se llega a la siguiente conclusión con los siguientes hechos probados: la trabajadora ha venido prestando servicios para la mercantil codemandada Imesapi, desde el día 12 de junio de 2017, con la categoría de botones. La relación laboral se formalizó bajo la cobertura de un contrato de obra o servicio vinculado a la duración de la contrata de gestión integral de los servicios complementarios de los edificios adscritos al distrito de Salamanca (conserjería). En dicho contrato se consignaba que el convenio colectivo aplicable era el de oficinas y despachos de Madrid. La actora y otros ocho trabajadores prestaban servicios por cuenta de Imesapi como auxiliares de información, atención al público y control de entradas en los centros culturales del Ayuntamiento de Madrid adscritos al distrito de Salamanca. Con fecha de 26 de abril de 2018, la mercantil Integra Centro Especial de Empleo comenzó a prestar dicho servicio. La empresa Integra se subrogó en el contrato de trabajo de los tres trabajadores adscritos al servicio que se regían por el convenio colectivo de centros y servicios de atención a personas con discapacidad —por contener ese convenio disposiciones subrogatorias—, pero rechazó el de los seis trabajadores que se regían por el convenio de oficina y despachos —por no contener ninguna disposición subrogatoria al efecto—. Por tanto, con fecha de 26 de abril de 2018, la mercantil Imesapi extinguió la relación laboral por haber finalizado la contrata e indemnizó a la trabajadora con la suma de 230,90 € equivalente a una indemnización de doce días por año trabajado. En el pliego de prescripciones técnicas del contrato del que resultó adjudicataria la empresa Integra, en su anexo II, se informa que existen seis trabajadores adscritos al servicio, significando que cinco trabajadores se rigen por el convenio de oficinas y despachos y uno por el de centros y servicios de personas con discapacidad. En fecha de 1 de marzo de 2018 se adjudicó el contrato de servicios a la empresa Integra. El 8 de marzo de 2018, Imesapi informa a Integra, que los trabajadores adscritos al servicio no son seis, sino nueve y le facilita la documentación de los mismos a los efectos de la subrogación. El 21 de marzo de 2018, Integra interpone recurso especial contra la adjudicación con el argumento de que en el pliego de condiciones se establecía la obligación de contratar a seis trabajadores, mientras que la realidad era que los trabajadores subrogables eran nueve lo que cambiaba los términos del contrato. El recurso fue desestimado con fecha 11 de abril de 2018, con el razonamiento de que la mercantil Integra podía haber deducido que el servicio necesitaba de nueve personas para poder cubrir bajas o ausencias de los seis trabajadores que prestaban trabajo a turnos y que, además, la obligación de la subrogación no viene impuesta por el pliego, que es meramente informativo, sino por el convenio de aplicación, con lo cual, la mercantil Integra —si el convenio no le obligaba a subrogar a determinados trabajadores— podía cubrir el servicio con su propio personal. Con fecha

103 STS 18 de enero de 2022 [RJ 2022\457].

26 de abril de 2018, Integra comunica a Imesapi su rechazo a subrogar a los seis trabajadores cuyas relaciones se regían por el convenio de oficinas y despachos de Madrid.

Para el Tribunal Supremo, los datos fácticos que conforman nuestro caso revelan que aquí no pueda afirmarse el predicado significativo desde el punto de vista numérico —afectó a tres de los nueve trabajadores—, pero tampoco concurren elementos para tacharlo de relevante, ni, en fin, por parte del trabajador recurrente se ha incidido en modo alguno en esta vertiente, sino tan solo alude a la de transmisión de materiales que, a su vez, no puede contemplarse al carecer del pertinente soporte en sede fáctica. Tales circunstancias determinan que deba mantenerse en este punto la sentencia impugnada, que excluyó la obligación de subrogación de la trabajadora demandante.

**5) Principio de estabilidad en el empleo y minoración del personal necesario para el desempeño de la actividad.** En este caso que ahora planteamos<sup>104</sup>, los datos fácticos revelan que, con anterioridad a la transmisión, Ilunion había firmado un contrato con la comunidad de propietarios de arrendamiento de servicios auxiliares y que integraba un auxiliar de servicios todos los días 24 horas y otro auxiliar todos los días de 22.00 a 6.00 horas, empleando al efecto cinco auxiliares. Finalmente resultó ser la adjudicataria la empresa Escuela de Adiestradores Caninos, que suscribe con la comunidad de propietarios el contrato de prestación de servicios por parte de auxiliares de servicio, con un puesto de tal clase en horario de 7.00 a 19.00 horas, de lunes a domingo, cuyo objeto es la información en los accesos a visitas, proveedores y residente; comprobación y control del estado de las instalaciones generales; tareas de recepción, comprobación de visitantes y orientación de los mismos; comprobación del cerramiento perimetral, informando a los servicios de mantenimiento de la necesidad de reparaciones; ronda periódicas por las instalaciones verificando el estado y su perímetro; atención telefónica; y otros requerimientos del cliente dentro del ámbito de sus competencias. La comunicación sobre subrogación en su día realizada señalaba que el servicio de auxiliares era de 12 horas diarias, por lo que solo cabía la subrogación de 2 auxiliares, puesto que las 12 horas diarias restantes serían realizadas por vigilantes de seguridad a través de la mercantil Security Dogs Security Services.

Puntualiza aquí el Tribunal Supremo que la minoración que se adujo del personal necesario para el desempeño en la actividad, sin embargo, sería tributaria de la doctrina de la Sala de lo Social acuñada en los supuestos de sucesión de contratas con modificación de su volumen por reducción del mismo, conforme a la cual, y como ya hemos tenido ocasión de resaltar, operaría la vía del despido por causas objetivas respecto de aquella parte de la plantilla que no fuera necesaria para ejecutar la prestación del servicio: *“la reducción de la contrata no es causa que excuse al nuevo contratista del deber de subrogarse en los contratos de los trabajadores del anterior y que en caso de dificultades para cumplir ese deber no se permite la rescisión del contrato por fin del mismo, o por terminación de la obra, sino que sólo cabe acudir a la vía de un despido por causas objetivas o a la reducción de jornada por la vía del artículo 41 ET”*<sup>105</sup>. En la mayoría de las sentencias se ha resuelto que la empresa

<sup>104</sup> STS 15 de diciembre de 2021 [RJ 2022\20].

<sup>105</sup> STS 17 de septiembre de 2014 [RJ 2014\5041], STS 22 de septiembre de 2014 [RJ 2014\6810], STS 3 de marzo de 2015 [RJ 2015\1431], STS 3 de marzo de 2015 [RJ 2015\1431], STS 10 de enero de 2017 [RJ 2017\257], STS 21 de abril de 2017 [RJ 2017\2689] y STS 18 de mayo de 2017 [RJ 2017\3027].

entrante —salvo que el convenio disponga otra cosa— es quien debe subrogarse en toda la plantilla destinada en la contrata que asume y proceder, posteriormente, al despido por causas objetivas del personal que no resulte necesario para la prestación del servicio o la ejecución de la obra contratada. A lo anterior debe añadirse una consideración adicional: las condiciones en las que la actividad de servicios auxiliares pasa a realizarse, comprenden un arco temporal diario de 12 horas, de lunes a domingos, que requerirían más de dos empleados para su cobertura, y no solamente dos auxiliares como pretendió la mercantil cesionaria.

Por tanto<sup>106</sup>, el factor o elemento meramente numérico, que ciertamente no alcanza el 50% de la plantilla, no ha de erradicar en sí mismo el predicado de significativo o relevante, cuando, como también sucede en el actual, es esencial el personal en el desempeño y permanencia de los servicios auxiliares que ha venido conformando la entidad económica objeto de sucesión, atendidas las condiciones de la prestación y el principio de estabilidad en el empleo. Se constata la continuidad en la actividad objeto de transmisión —servicios auxiliares para la comitente, desarrollados en sus instalaciones—, que, sin embargo, pasa a desempeñar parte de la plantilla existente con anterioridad por decisión de la empleadora. Pero a pesar de esa prolongación o permanencia de la propia actividad transferida, la subrogación solamente acaece respecto de dos de los cinco auxiliares de servicios —que efectivamente implicaría un porcentaje del 40% de la plantilla—, cuando en este caso la relevancia y competencia exigibles dimanaban o se focalizan, no en que se trate de personal con tareas de dirección u organización, porque aquí las características propias del servicio revelan su inexistencia, sino en que ese personal resulta fundamental para llevarlo a cabo atendidas las condiciones o circunstancias que lo conforman. La negativa empresarial a la subrogación del trabajador demandante que en este supuesto se ha producido vulnera aquel principio de estabilidad en el empleo y es constitutiva, en consecuencia, del despido improcedente declarado por la sentencia de instancia, pero del que resultará responsable, por mor de las razones expresadas, la mercantil Escuela de Adiestradores Caninos y no la condenada Ilunion<sup>107</sup>.

**6) Es el trabajador demandante quién posee la carga de la prueba en la transmisión de una unidad productiva.** En este supuesto, tratándose de una sucesión convencional de una actividad que no descansa fundamentalmente en mano de obra, considera el Tribunal Supremo que debe corresponder al trabajador demandante acreditar que se ha producido la transmisión de una unidad productiva (por tanto, carga de la prueba), pues, viene siendo criterio judicial aquel que recoge que a la parte demandante le corresponde acreditar los hechos constitutivos de su pretensión<sup>108</sup>. Dicho lo anterior, el debate litigioso radica en determinar si se ha producido una sucesión de empresas al amparo del artículo 44 ET entre Ambunova y Ambuibérica a los efectos de decidir la responsabilidad solidaria de la empresa entrante por las deudas salariales de la saliente —que, como dato importante, el convenio colectivo excluye—. Una vez producida la subrogación convencional, se discute si co-

<sup>106</sup> Al igual que el supuesto enjuiciado en la STS 9 de abril de 2013 [RJ 2013\5127].

<sup>107</sup> STS 15 de diciembre de 2021 [RJ 2022\20].

<sup>108</sup> STS 24 de noviembre de 2021 [RJ 2021\5659].

## SUCESIÓN DE PLANTILLA Y ACTIVIDADES PRODUCTIVAS QUE DESCANSAN ESENCIALMENTE EN LA MANO DE OBRA

responde al trabajador demandante acreditar la transmisión de una unidad productiva autónoma (por la transmisión de los medios materiales necesarios para la actividad o por la subrogación de la mayor parte de la plantilla, cuando la actividad empresarial descansa esencialmente en la mano de obra) o incumbe a la empresa demostrar la situación inversa. En este sentido, la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en fecha 2 de junio de 2020<sup>109</sup>, desestima el recurso de suplicación interpuesto por Ambuibérica contra la sentencia de instancia, que había condenado a ambas empresas solidariamente a pagar a la trabajadora la cantidad reclamada al considerar que se había producido sucesión de empresas del artículo 44 ET, por lo que la empresa entrante debía responder también de las deudas salariales de la empresa saliente.

Interpuesto recurso casacional, el Tribunal Supremo, en referencia a supuestos semejantes, se ha pronunciado argumentando lo siguiente<sup>110</sup>: *“no habiéndose alegado por el demandante, ni probado tampoco, que se hubiera producido la transmisión de una unidad productiva, ya sea porque se transmitieron medios materiales entre la empresa saliente y la entrante, ya sea porque la actividad de la empresa pivotara sobre medios personales, es evidente que no ha probado los hechos constitutivos de su pretensión, aunque la empresa admitiera que se subrogó convencionalmente en la plantilla de la empresa saliente, toda vez que la inversión de la carga probatoria, mantenida por nuestra doctrina en supuestos de sucesión de contratados, se predica de aquellas empresas, cuyas actividades se desarrollen esencialmente mediante mano de obra, lo que no se ha acreditado aquí, como no podría ser de otro modo, toda vez que no se puede transportar enfermos o accidentados en ambulancia, si no se dispone de ambulancias y vehículos medicalizados o, en su caso, de medios aéreos o marítimos, cuando en la adjudicación se contemple el despliegue de dichos medios, lo cual impide aplicar aquí el juicio de probabilidad cualificada, sentado por la jurisprudencia civil<sup>111</sup>, correspondiendo realizar ese juicio al juzgador de instancia, quien puede llegar a dicha conclusión, “tras valorar las conductas y circunstancias que el buen sentido o el sentido común señalan en el presente caso como índice de responsabilidad dentro del normal encadenamiento de conductas, causas y efectos”, lo que no ha sucedido aquí”*.

Dicha conclusión no puede enervarse porque el hecho de que la empresa recurrente no probara, ni intentara probar, que no se había producido la transmisión de una unidad productiva, por cuanto la carga probatoria de los hechos impositivos, extintivos o excluyentes —predicada por el artículo 217.3 LEC— es evidente que se activa para neutralizar la eficacia jurídica de los hechos constitutivos, cuya incidencia se actualiza lógicamente cuando han quedado probados los mismos, de manera que, aunque no se hubieran probado hechos impositivos, extintivos o excluyentes, la demanda debe desestimarse, cuando no se hubieran probado los constitutivos, ya que, si no se hiciera así, se estaría otor-

<sup>109</sup> STSJ Galicia 2 de junio de 2020 [JUR 2020\203911],

<sup>110</sup> En el mismo sentido SSTS 8 de septiembre de 2021 [RJ 2021\4275, RJ 2021\4040 y RJ 2021\4096].

<sup>111</sup> Por todas, STS 4 de junio de 2009 [RJ 2009\3381] y STS 4 de julio de 2019 [RJ 2019\2805].

gando tutela a pretensiones infundadas<sup>112</sup>. Por lo demás, no puede olvidarse que la parte demandante no precisó en su demanda, ni lo alegó al momento de su ratificación, ni probó, ni intentó probar, que concurrieran cualquiera de los supuestos que acreditan la transmisión de la unidad productiva, sin que se trate de una obligación excesiva, que pudiéramos considerar inaccesible al demandante, toda vez que, en su condición de conductor de ambulancias, pudo conocer perfectamente si se utilizaban los mismos vehículos por la nueva adjudicataria, siendo impensable, por otra parte, que transportaran a los enfermos sin ningún medio de transporte, como parece deducirse de la sentencia recurrida. Para el Tribunal Supremo, por unos elementales principios de seguridad jurídica e igualdad y ante la inexistencia de razones para llegar a una conclusión contraria, se estima el recurso de casación para la unificación de doctrina, y se obliga *“a casar y anular la sentencia recurrida y a resolver el debate planteado en suplicación en el sentido de estimar el recurso de tal clase, revocando en parte la sentencia de instancia. Se absuelve a Ambuibérica SL de la pretensión formulada en su contra, manteniendo los restantes pronunciamientos de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social”*.

**7) Mano de obra como elemento clave en la transmisión y sucesión de empresas.** En esta sentencia se declara la transmisión o sucesión de empresas por ser la mano de obra lo verdaderamente relevante —no la infraestructura—, habiendo asumido la empresa una parte significativa de la plantilla. En efecto, para el Tribunal Supremo<sup>113</sup>, es nítido que se llevó a cabo una sucesión de plantilla, desde la empresa Cleanet Empresarial a Clece, empresa que *“subrogó toda la plantilla de Cleanet Empresarial S.L., excepto a la trabajadora demandante y otra compañera”* de lo que se deduce que hubo transmisión de empresa en términos jurídicos, advirtiéndose que *“la exclusión del régimen subrogatorio común (artículo 44.3 ET) por parte del convenio colectivo únicamente será válida cuando no se transmita una unidad productiva con autonomía funcional, y no cuando, como aquí ocurre, sí se ha producido esa transmisión, lo que significa que es la sentencia recurrida la que contiene la solución conforme a esos nuevos parámetros, al rechazar la aplicación del artículo 10.5.c) del convenio de limpieza de León en el que se exonera a la empresa entrante de las deudas de la empresa saliente en la contrata, y resolver el litigio mediante lo previsto en el número 3 del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, que impone la condena solidaria de ambas empresas”*.

## 4. ÁMBITO OPERATIVO DE LA SUBROGACIÓN EMPRESARIAL POR SUCESIÓN DE PLANTILLAS

La doctrina casacional ha venido a confirmar que, en el supuesto de sucesión de contrata de servicios auxiliares, que afecta a muchos centros de trabajo dispersos por el territorio nacional, la subro-

<sup>112</sup> STS 23 de julio de 2015 [RJ 2015\4171] y STS 22 de noviembre de 2017 [RJ 2017\5544].

<sup>113</sup> STS 24 de octubre de 2018 [RJ 2018\4981].

## SUCESIÓN DE PLANTILLA Y ACTIVIDADES PRODUCTIVAS QUE DESCANSAN ESENCIALMENTE EN LA MANO DE OBRA

gación empresarial por sucesión de plantillas opera en el ámbito en el que dicha sucesión tenga lugar: esto es a nivel de la empresa o de parte de ella o centro de actividad<sup>114</sup>. Profundamente, la cuestión planteada consiste en resolver si cuando se sucede una contrata de servicios que afecta a muchos centros de trabajo dispersos por el territorio nacional —al tratarse de un gran hipermercado—, la subrogación empresarial por sucesión en la plantilla opera a nivel global o por centros de trabajo, individuales o regionales. Entrando al fondo del asunto, con idea de resolver la cuestión referida al ámbito del cómputo, traigamos ahora a colación los hechos que se deben tener presentes para solucionar la litis planteada: *“que entre la empresa principal o comitente y la anterior contratista existía un contrato para la prestación de servicios auxiliares (información y atención al cliente a la entrada al hipermercado, custodia de instalaciones, control de tránsito en zonas reservadas, control de entradas y orientación de clientes, etc.) en diferentes centros del territorio nacional. Ese contrato se rescindió con efectos del 1 de febrero de 2012, fecha en el que entró en vigor el contrato para la prestación de idénticos servicios, suscrito con la nueva contratista, quien ha contratado con igual categoría profesional a la gran mayoría del personal que prestaba servicios a la anterior en la Comunidad de Madrid con un nuevo contrato, sin reconocerles antigüedad alguna y abonándoles un salario inferior al que cobraban, al ser inferiores las retribuciones que para la misma categoría profesional establece el convenio colectivo de esta empresa”*. Con estos antecedentes, para el Tribunal Supremo, procede estimar el recurso *“por cuanto concurren las circunstancias que dan lugar a lo que se ha llamado subrogación por “sucesión de plantillas”. En efecto, se ha producido una sucesión en la actividad de prestación de los mismos servicios auxiliares en determinados hipermercados y la empresa entrante ha asumido una gran parte de la mano de obra (más del 70 por 100) de la anterior, trabajadores a quienes ha empleado en los mismos hipermercados en los que venía trabajando, sin que la nueva empleadora, aparte de algún trabajador propio, haya aportado elementos materiales que fuesen necesarios para el desarrollo de la actividad, lo que evidencia que lo esencial para los “servicios auxiliares” que presta es la cualificación y experiencia profesional de los trabajadores que emplea y no la aportación de elementos materiales necesarios para la producción, máxime cuando tal aportación no consta”*.

Debe ser a nivel de la contrata en general como hay que computar la asunción de la mayoría de la plantilla lo que impide que la subrogación opere por centros de trabajo o por provincias u otro tipo de división territorial por las siguientes razones: 1º) Porque la contrata no es una unidad productiva autónoma a los efectos del artículo 44 del ET<sup>115</sup>. La contrata es el contrato por el que una empresa se compromete a prestar a otra un servicio a cambio de un precio o a ejecutar la obra que se le encomienda. El contratista adquiere el derecho a prestar el servicio o a ejecutar la obra, pero no adquiere ninguna empresa, ni ninguna actividad productiva autónoma en el sentido del artículo 44.1 ET, porque nada se transmite a quien celebra un contrato de arrendamiento de obra o de servicios. 2º) Porque no pueden confundirse los conceptos de “contrata” y transmisión de empresa, centro de

114 STS 9 de julio de 2014 [RJ 2014\4637].

115 STS 5 de abril de 1993 [RJ 1993\2906], STS 10 de diciembre de 1997 [RJ 1998\736] y STS 24 de julio de 2013 [RJ 2013\6797].

trabajo o unidad productiva autónoma, pues se trata de contratos de naturaleza y contenido diferentes, dado que el primero no requiere la transmisión de los elementos patrimoniales necesarios para configurar una estructura empresarial, organización empresarial que en principio tiene el contratista. 3º) Porque la mera sucesión de contratistas no está contemplada en el artículo 44 ET cuando no existe transmisión de activos patrimoniales necesarios para la explotación contratada. Pero la subrogación empresarial que el precepto estatutario impone sí se produce cuando se transmite una organización empresarial en aquellos supuestos denominados “sucesión de plantillas”, en los que la actividad descansa, esencialmente, en el factor humano, en la organización y dirección de la actividad del personal cualificado que se emplea en la ejecución del servicio contratado, en la ejecución de la contrata. En estos supuestos, si el nuevo contratista asume la mayor parte del personal que empleaba el anterior, se entiende que existe sucesión de empresa en su modalidad de “sucesión de plantillas”, lo que obliga al nuevo contratista a subrogarse en los contratos laborales del anterior, no de forma voluntaria sino por imperativo legal, al haberse transmitido una organización empresarial basada esencialmente en el factor humano. 4º) Conviene dejar claro que en los supuestos de “sucesión de plantillas”, las obligaciones que impone el artículo 44 ET operan en el ámbito en que esta sucesión tenga lugar, esto es a nivel de empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma en la que se asuma la mayor parte de la plantilla. Conviene recordar que, de conformidad con la normativa, existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecta a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio, entidad que puede ser y es la organización del factor humano necesaria para ejecutar una contrata de prestación de servicios auxiliares. Adviértase que el artículo 1.1.a) de la Directiva habla de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad (centros de trabajo dice el artículo 44.1 ET), terminología que abona la bondad de la solución que el Tribunal Supremo otorga: *“que la sucesión de plantillas en los supuestos de contratas de servicios opera en el ámbito en el que esta tenga lugar, esto es a nivel de la empresa o de parte de ella o centro de actividad, supuesto este último del caso que nos ocupa”*<sup>116</sup>. Por todo ello, considera el Tribunal Supremo que *“la empresa recurrente no ha realizado una acción equiparable al despido y que es la nueva contratista, Seguriber Cia de Servicios Integrales, quien debe subrogarse en las obligaciones de la misma para con el actor”*<sup>117</sup>.

En definitiva, se rechaza por el Tribunal Supremo que el cómputo de la unidad se realice teniendo en cuenta la totalidad de la contrata (la contrata en general), argumento que impediría que la subrogación operara por centros de trabajo o por provincias o por cualquier otro tipo de división territorial. Por tanto, la subrogación empresarial por sucesión de plantillas opera en el ámbito en el que dicha sucesión tenga lugar, esto es, a nivel de la empresa o de parte de ella o centro de actividad.

<sup>116</sup> STS 9 de julio de 2014 [RJ 2014\4637].

<sup>117</sup> STS 9 de julio de 2014 [RJ 2014\4637].

## 5. BALANCE Y PERSPECTIVAS: CONCLUSIONES

La regulación jurídico-laboral de los efectos del cambio de titularidad de la empresa es un tema clásico y de extraordinaria vitalidad práctica; es terreno abonado para controversia y conflicto jurídico, lo que es fácil de detectar en las construcciones jurisprudenciales y en los debates de la doctrina científica; lo anterior, a pesar de que la jurisprudencia del Tribunal Supremo intenta poner orden y convertir a la subrogación en una cuestión pacífica, algo muy complejo por las particularidades de cada caso concreto. Sin perjuicio de lo anterior, es evidente que el Tribunal Supremo viene manteniendo un elevado y alto nivel jurídico y de rigor a la hora de resolver esos “casos difíciles” que le son planteados, contribuyendo o intentando contribuir a la evitación de que los convenios colectivos puedan convertirse en obstáculos o impedimentos que terminen afectando a la aplicación útil y positiva de la Directiva 2001/23<sup>118</sup>.

El artículo 44 ET constituye el eje fundamental del grupo normativo que regula las consecuencias jurídico-laborales del cambio de titularidad de la empresa en el Derecho español. Pero también el Derecho español se inserta en el más amplio universo normativo formado por el ordenamiento jurídico comunitario<sup>119</sup>: es una pieza más, dotada de relativa autonomía, dentro del Derecho social europeo (“europeización” o “comunitarización”). Esta interconexión impone un permanente diálogo entre el Derecho social comunitario y el Derecho interno y el consiguiente diálogo entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y los jueces y tribunales nacionales. La perspectiva de análisis tiene que ser integradora en un doble sentido: por un lado, entre el Derecho comunitario y el ordenamiento interno español; y, por otro, entre el régimen jurídico-general u ordinario y el régimen especial de la legislación.

El objeto de la transmisión es una entidad económica organizada; es decir, “una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio” (artículo 1.1.b. de la Directiva). La constatación de la entidad objeto de transmisión se debe realizar atendiendo, en una apreciación de conjunto, a todos los elementos, hechos y circunstancias que concurren en la operación transmisiva. La entidad económica configurada como “objeto” de la transmisión se entiende en sentido amplio y flexible, atendiendo a las características de la “forma empresa” en los sectores y subsectores del sistema económico. Ello se resuelve en una concepción *iuslaboral* de “entidad económica” apta

<sup>118</sup> STS 3 de octubre 1998 rec. 5067/1997; STS 15 de abril de 1999 rec. 734/1998; y STS 25 de febrero de 2002 rec. 4293/2000. Sobre la construcción del modelo normativo de regulación vigente, véase, ampliamente, Monereo Pérez, J.L., *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (Colección Premio a Tesis Doctorales), Madrid, 1987, *passim*; Monereo Pérez, J.L., “Continuidad de las relaciones de trabajo en la gestión indirecta de servicios y actividades. El cambio de titularidad en las contrataciones y en las concesiones administrativas”, *Relaciones Laborales*, 1986.

<sup>119</sup> Guindo Morales, S., “Alcance actual de la restricción de acceso al empleo público por razón de la nacionalidad establecida en el artículo 45.4 del tratado de funcionamiento de la Unión Europea”, *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 6, 2017, p. 504.

## SUCESIÓN DE PLANTILLA Y ACTIVIDADES PRODUCTIVAS QUE DESCANSAN ESENCIALMENTE EN LA MANO DE OBRA

para cumplir su función ordenadora, reguladora y de orden público social<sup>120</sup>. La entidad económica se configura como un tipo normativo flexible capaz de adaptarse y modularse en consideración a las distintas formas de empresa. Debe recordarse que el “objeto de la Directiva es evitar que la reestructuración dentro del mercado común se realice en perjuicio de los trabajadores de las empresas afectadas y en el grave riesgo de que a nivel global se deterioren las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores, en contradicción con los objetivos sociales del tratado”<sup>121</sup>.

Por su parte, el supuesto de hecho del artículo 44 ET viene acotado de forma deliberada con un alcance onmicomprensivo y totalizador, al hacer referencia al “cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma de la misma”. Se trata de una fórmula abierta que acoge un sistema de cláusula general en el acotamiento del supuesto normativo. Se describe una realidad fáctica acotada por la norma de modo general y abstracto. Es decir, y en sentido más técnico, la sustitución de la persona del titular de la empresa (o de cualquiera de las unidades empresariales tomadas en consideración por la normativa). Es una fórmula general y abstracta puesto que no indica la fuente y el procedimiento, modo o forma en que haya de concurrir y operarse el referido cambio de titularidad. Lo que obligará a determinar el acto o negocio jurídico en virtud del cual se opera el cambio de titularidad, como objeto comercial del cambio mismo no definido en la norma. De este modo, como hace notar la jurisprudencia, el precepto es aplicable a cualquier cambio en la titularidad cualquiera que sea su causa<sup>122</sup>.

Para concluir —en referencia a estos “casos difíciles” a los que nos hemos referido— debe señalarse que el convenio colectivo puede imponer o no la subrogación. En caso de que no la imponga la empresa entrante no está obligada a subrogarse. Pero si el convenio colectivo impone la subrogación, la empresa debe subrogarse en los derechos y obligaciones de la saliente con las garantías establecidas en el artículo 44 ET. En suma, el nuevo cambio doctrinal en nuestra jurisprudencia, iniciada por el TJUE y acogido por el Tribunal Supremo puede resumirse de la siguiente manera: 1) Habrá que delimitar si nos encontramos ante una sucesión de plantilla (desmaterializada) o ante una sucesión de elementos materiales (materializada). 2) En caso de encontrarnos ante una sucesión de plantilla habrá que analizar si se ha asumido una parte esencial de la plantilla o no. Determinar el “cuándo” y el “cómo” de la asunción de una “parte esencial” tendrá que ser medido en términos cuantitativos y/o cualitativos lo que será, sin ningún tipo de duda, cuestión de interpretación jurisprudencial y casuística pues como afirma el Tribunal Supremo: “hay que ponderar el conjunto de circunstancias concurrentes”. Consecuentemente este juicio de ponderación puede abrir la veda para introducir determinadas sucesiones de contratos que no acaban reuniendo los requisitos necesarios por parte del juzgador. 3) Llegados a este momento habrá dos posibilidades existentes: que se considere que sí se ha admitido una parte esencial de la plantilla o que se considere que no: a) en caso de que no se haya asumido una parte esencial de la plantilla, las reglas de

<sup>120</sup> Monereo Pérez, J. L., *La conservación de la empresa en la Ley Concursal. Aspectos laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2006, pp.139 y 140.

<sup>121</sup> STJUE 25 de julio de 1991 [TJCE 1991\250], asunto *d'Urso*; y STJUE 12 de marzo de 1998 [TJCE 1998, 45], asunto *Dethier Équipement*.

<sup>122</sup> La fórmula comprende cualquier vicisitud de la titularidad de la empresa como objeto de tráfico jurídico.

sucesión o subrogación estipuladas en el convenio colectivo continuarán siendo aplicables; b) en caso de que se considere que sí se ha asumido una parte esencial de la plantilla, será de aplicación, no el convenio colectivo, sino las reglas estipuladas en el artículo 44 ET —norma imperativa— y, por ende, las cláusulas de exoneración de responsabilidad de la contratista saliente —introducidas por negociación colectiva— dejarán de producir efectos existiendo responsabilidad solidaria entre la contratista saliente y la entrante. En definitiva, en el momento en el que la empresa entrante asume una parte esencial de la plantilla (“entidad económica”), se produce la aplicación íntegra de artículo 44 ET, y todo aquello preceptuado en el convenio colectivo que sea contrario a la normativa general (artículo 44 ET) se entenderá por no puesto (por tanto, no ha de estarse a los requisitos establecidos en el convenio colectivo, puesto que el convenio no puede condicionar la subrogación a requisitos superiores a los establecidos en la norma general: ET).

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- Arrieta Idiákez, F. J., “¿Cuándo y cómo puede la sucesión de plantilla conllevar la conservación de derechos laborales y de Seguridad Social de los trabajadores afectados?”, en AA.VV., *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial: XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago de Compostela, 31 de mayo y 1 de junio de 2018*, Cinca, 2018.
- Beltrán de Heredia Ruiz, I., “Sucesión de plantilla en contrata intensivas en mano de obra y aplicación del artículo 44 ET: efectos internos de la doctrina “Somoza Hermo””, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 50, 2019.
- De Castro Marín, E., “El controvertido debate en torno a la subrogación por la vía de la “sucesión de plantilla”: comentario a la STJUE de 18 de julio de 2018 en el asunto Somoza Hermo”, en AA. VV.: *Estudios sobre Jurisprudencia Europea: Materiales del IV Encuentro anual del Centro Español del European Law Institute*, Sepín, Madrid, 2021.
- Falguera Baró, M. A., “Sucesión de empresas y contrata: nuevos interrogantes tras las SSTJUE en los asuntos Aira Pascual y Securitass”, *La Ciudad del Trabajo*, núm. 1, 2017.
- Falguera Baró, M. A., “Una —preocupada— lectura iuslaboralista de la Ley de Contratos del Sector Público”, *Ciudad del Trabajo, Actualidad iuslaboralista*, núm. 13, 2018.
- Gorelli Hernández, J., “La reversión por la administración de las contrata: perspectiva desde el Derecho del trabajo”, *Estudios GAPP. Nueva Época*, núm. 21, 2019.
- Guindo Morales, S., “Alcance actual de la restricción de acceso al empleo público por razón de la nacionalidad establecida en el artículo 45.4 del tratado de funcionamiento de la Unión Europea”, *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 6, 2017.
- Guindo Morales, S., “Sobre la readmisión del trabajador tras la declaración de improcedencia del despido objetivo por causas técnicas y organizativas una vez jubilado anticipadamente desde el día siguiente a la fecha de efectividad del despido”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 53, 2019.

## SUCESIÓN DE PLANTILLA Y ACTIVIDADES PRODUCTIVAS QUE DESCANSAN ESENCIALMENTE EN LA MANO DE OBRA

- Guindo Morales, S., *Caracterización jurídica y causas del despido objetivo en la normativa, doctrina y jurisprudencia tras las recientes reformas laborales*, Comares, Granada, 2020.
- Guindo Morales, S., *Acción de impugnación judicial, calificación y efectos jurídicos de la extinción del contrato de trabajo por circunstancias objetivas*, Laborum, Murcia, 2020.
- Guindo Morales, S., *Las garantías formales y procedimentales de la resolución del contrato de trabajo por motivos empresariales*, Laborum, Murcia, 2021.
- Lantarón Barquín, D., "La subrogación convencional de trabajadores en cuerpo y alma: identidad, autonomía y previsiones de la negociación colectiva sectorial estatal", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 164, 2022.
- Monereo Pérez, J.L., "Continuidad de las relaciones de trabajo en la gestión indirecta de servicios y actividades. El cambio de titularidad en las contrataciones y en las concesiones administrativas", *Relaciones Laborales*, 1986.
- Monereo Pérez, J.L., *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (Colección Premio a Tesis Doctorales), Madrid, 1987.
- Monereo Pérez, J. L., *La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad*, Madrid, editorial Ibidem, 1999.
- Monereo Pérez, J. L., "La sucesión de empresa (art. 44)", en *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, núm. 100, 2000 (Ejemplar dedicado a: El estatuto de los trabajadores veinte años después).
- Monereo Pérez, J. L., *La conservación de la empresa en la Ley Concursal. Aspectos laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2006.
- Monereo Pérez, J. L., "La sucesión de empresa", en AA. VV. (Monereo Pérez, J. L. Dir.): *El nuevo Estatuto de los Trabajadores*, Comares, Granada, 2012.
- Monereo Pérez, J. L., "Repercusiones laborales de los diversos instrumentos de privatización y reversión de servicios públicos", *Temas Laborales*, núm. 135, 2016.
- Monereo Pérez, J. L., "Tratamiento jurídico-laboral de la transmisión de empresa: funciones y disfunciones ante los "casos difíciles" en la jurisprudencia reciente", *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. extra 5, 2017.
- Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P. G., "Sucesión de plantilla en la empresa por subrogación convencional —"ex convenio colectivo sectorial"—. La reciente doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su recepción por el Tribunal Supremo", *La Ley Unión Europea*, núm. 65, 2018.
- Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P. G.: "La doctrina comunitaria de la sucesión de plantilla: conflictos interpretativos vinculados al fenómeno de la sucesión de contrataciones desmaterializadas", en *Revista de derecho social*, núm. 87, 2019.
- Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P. G.: "La relación laboral en la transmisión de empresa: sentido y alcance de la garantía del mantenimiento de los derechos de los trabajadores", *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 6, 2020.
- Nores Torres, L. E., "Novedades jurisprudenciales en materia de transmisión de empresa: la labor del TJUE y del TS en los últimos dos años", *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, núm. 1, 2020.
- Nores Torres, L. E., "Sucesión de contrataciones y subrogación convencional: el impulso a una doctrina acertada (a propósito de la STS de 7 de abril de 2016 (RJ 2016, 1702))", *Revista de Información Laboral*, núm. 9, 2016.

## SUCESIÓN DE PLANTILLA Y ACTIVIDADES PRODUCTIVAS QUE DESCANSAN ESENCIALMENTE EN LA MANO DE OBRA

- Olarte Encabo, S., "El futuro de los convenios colectivos en materia de sucesión de plantilla ante la sentencia del TJUE de 11 de julio de 2018 (asunto Somoza Hermo)", AA.VV. (Molina Navarrete, C. Coord.): *Impacto sobre la legislación laboral española de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: XXXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, CARL, 2019.
- Ortega Lozano, P. G., "Efectos subrogatorios de trabajadores en Administraciones públicas", *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 95, 2022.
- Ortega Lozano, P. G., "La obligación de subrogación de los trabajadores: puntos conflictivos en el fenómeno sucesorio por cambio de titularidad (unidad productiva autónoma), por sucesión de plantilla y por mandato del convenio colectivo", *Revista española de derecho del trabajo*, núm. 254, 2022.
- Rodríguez Escanciano, S., "Implicaciones jurídico-laborales de la reasunción de servicios públicos. La aplicación del principio de subrogación empresarial y sus excepciones", *Trabajo y Derecho*, núm. 19, 2017.
- Sala Franco, T. y Pedrajas Moreno, A., "Sucesión de contratas y transmisión de empresa. A propósito de la STS, 4ª, de 27 de octubre de 2004", *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana*, núm. 14, 2005.
- Serrano García, Mª. J., "¿Puede entenderse como transmisión de empresa la mera sucesión de contratas?", en GARCÍA MURCIA, J. (Dir.) et al: *Transmisión de empresa y sucesión en el desarrollo de actividades empresariales. Un estudio a partir de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2019.
- Treviño Pascual, M., "Sucesión de plantillas y cesión de trabajadores en la gestión de servicios públicos", en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 47, 2017.
- Yagüe Blanco, S., "A vueltas con la subrogación empresarial derivada de una sucesión de plantillas: la precariedad laboral del trabajador externalizado", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 220, 2019.

## LA REGULACIÓN DEL TELETRABAJO EN EL EMPLEO PÚBLICO: Coyuntura y perspectivas de futuro

THE REGULATION OF TELEWORK IN PUBLIC EMPLOYMENT: Situation and future prospects

**Raquel Vida Fernández**

*Profesora Colaboradora Indefinida de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Granada*

[rvidaf@ugr.es](mailto:rvidaf@ugr.es) ORCID [0000-0002-1254-3796](https://orcid.org/0000-0002-1254-3796)

Recepción de trabajo: 14-01-2023 - Aceptación: 27-02-2023 - Publicado: 22-03-2023

Páginas: 256-284

■ 1. ANTECEDENTES DEL TELETRABAJO EN EL EMPLEO PÚBLICO DE ESPAÑA. ■ 2. MARCO JURÍDICO ACTUAL DEL TELETRABAJO EN EL EMPLEO PÚBLICO. 2.1. La regulación “excepcional” vinculada a la pandemia como impulso del teletrabajo en el empleo público y privado de España. 2.2. El esquema resultante de la nueva regulación del teletrabajo en el Sector Público español. 2.3. La regulación del teletrabajo en el artículo 47bis del Estatuto Básico del Empleado Público: contenido y características. ■ 3. SITUACIÓN ACTUAL DEL TELETRABAJO EN EL EMPLEO PÚBLICO DE ESPAÑA. 3.1. Coyuntura actual en el proceso de desarrollo de la norma básica sobre teletrabajo del Estatuto Básico del Empleado Público. 3.2. Planes de teletrabajo en la Administración General del Estado como medida de ahorro ante la crisis energética. ■ 4. CONTENIDO DEL PROYECTO DE REAL DECRETO PARA EL DESARROLLO DEL TELETRABAJO EN LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO. ■ 5. CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS DE FUTURO. ■ 6. BIBLIOGRAFÍA Y WEBGRAFÍA.

## RESUMEN

El impulso dado al trabajo en remoto, por razón de fuerza mayor vinculada a la pandemia de la Covid-19, ha supuesto, en el ámbito del empleo público y privado, un antes y un después en relación a esta forma de trabajo. En este artículo se analiza la situación actual del marco normativo e implantación del teletrabajo en el ámbito del empleo público, encabezada por el nuevo artículo 47.bis del Estatuto Básico del Empleado Público, que proporcionó un punto de partida para las diferentes Administraciones Públicas en la materia. El precepto conceptúa esa particular forma de prestación de servicios y determina las características básicas del mismo, pero constituye solo la base de una regulación completa del teletrabajo que se realizará por cada Administración, en el seno de la negociación colectiva. El análisis del actual marco normativo se completa con el proyecto de reglamento para el desarrollo de la regulación del teletrabajo en la Administración General del Estado, pendiente de aprobación.

**PALABRAS CLAVE:** teletrabajo, empleo público, Administraciones Públicas, Administración General del Estado, regulación, desarrollo, perspectivas.

## ABSTRACT

Remote work, in its several modalities, suffered a dramatic boots as a consequence of Covid-19 pandemic. This article analyzes the changes in the teleworking regulatory framework in the public employment field that has been initiated with new article 47bis of the Basic Statute of Public Employees, The precept conceptualizes this particular form of work and determines its basic characteristics, but it only constitutes the starting point of a complete regulation of remote work that must be approved by each Administration thorough a necessary negotiation process between the parties involved. The author analyses as well the Royal Decree draft that develops the regulation of remote work in the General State Administration.

**KEYWORDS:** telecommuting, public employment, Public Administrations, General State Administration, regulation, developing, prospects.

## 1. ANTECEDENTES DEL TELETRABAJO EN EL EMPLEO PÚBLICO DE ESPAÑA

El trabajo en remoto en las Administraciones Públicas (y, lógicamente, también en el ámbito privado), es un concepto, y una realidad que contaba con ciertos antecedentes que sirvieron de referencia ante la apremiante regulación de urgencia derivada de la grave crisis sanitaria derivada de la pandemia de la Covid-19.

Recordemos, brevemente, que a nivel europeo en el año 2002 (revisado en 2009) se firmó por los interlocutores sociales europeos (CES, UNICE/UEAPME y CEEP), el Acuerdo Marco Europeo Sobre Teletrabajo (AMET).<sup>1</sup> Este Acuerdo, impulsado por la Comisión Europea, estableció un marco básico y general para los países representados, que pese a no tener una eficacia jurídica directa,<sup>2</sup> supone un referente, que aporta aspectos clave como el propio concepto de teletrabajo, y los principios que lo deben caracterizar: voluntariedad y reversibilidad para ambas partes de la relación de trabajo, la garantía de igualdad de derechos con respecto a los trabajadores presenciales, protección de datos y privacidad de los trabajadores, organización del trabajo, equipamientos, seguridad y salud, formación, garantía de los derechos colectivos. Este fue, en definitiva, el punto de partida de la apuesta por la regulación de la nueva realidad laboral que supone el teletrabajo, mediante la intervención de la negociación colectiva.

El AMET, obviamente, está en la base de toda la regulación convencional sobre teletrabajo que se ha venido desarrollando desde su firma en nuestro país y, como luego se verá también de la regulación legal. No obstante hay que hacer constar que, hasta la llegada de la pandemia y su consabida regulación de urgencia, la realidad en torno al teletrabajo era la escasa existencia de regulación e implementación del mismo, tanto a nivel legal, como convencional. De hecho, es llamativo que sean pocos los convenios colectivos que lo regulan (incluso hoy) y, aunque se va avanzando en cantidad

1 En España la adopción del AMET se produjo a través del Acuerdo Interconfederal de Negociación Colectiva (AINC), suscrito el 30 de enero de 2003. Se incorporó a modo de anexo, con el objetivo de difundir el AMET, así como para promover la adaptación y el desarrollo de su contenido en nuestro país mediante la implantación de sus premisas con la intervención de la negociación colectiva. En ediciones posteriores se introducen algunos criterios para la negociación de los convenios colectivos basados en disposiciones del citado Acuerdo europeo. Gallego Moya, F., *El teletrabajo: balance del primer año de negociación colectiva y aplicación judicial*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2021.

2 "...el marco del diálogo social "autónomo" comunitario, conviene recordarlo, todavía tiene unas bases jurídicas muy endeble y presenta una muy consabida y no menos acusada incertidumbre en aspectos centrales relativos a la eficacia jurídica de tales acuerdos, mecanismos nacionales de transposición, etc." Fernández Avilés, J.A. *La nueva ordenación jurídica del teletrabajo en España (una visión de conjunto)*. Teletrabajo y conciliación de la vida laboral, familiar y personal en clave de género. Durán Bernardino, M. (dirección). AA.VV. Dikynson. Madrid, 2022.

y calidad de la regulación convencional, muchos de ellos, prácticamente, se limitan a repetir las previsiones del AMET.<sup>3</sup>

En contraste con esta dejadez en torno a la regulación del teletrabajo, en nuestro país existía una evidente sensación de “asunto pendiente” que se hacía cada vez más apremiante ante las demandas de los poderes públicos del entorno europeo, y la evidencia de las nuevas posibilidades en materia de teletrabajo que proporcionan las nuevas tecnologías aplicadas cada vez de forma más generalizada, a un mayor número de actividades laborales.

En el ámbito particular del empleo público, el teletrabajo no venía expresamente regulado en el texto original del Estatuto Básico del Empleado Público, y su presencia en el ámbito de la negociación colectiva de las Administraciones es prácticamente inexistente. Sí bien es cierto que existían algunas referencias normativas puntuales, y sobre todo referencias reglamentarias a nivel autonómico y local<sup>4</sup>, y menciones expresas al teletrabajo en algunas de las leyes de la función pública de algunas de las Comunidades Autónomas<sup>5</sup>. En definitiva, era una realidad no desarrollada pero que se barajaba como instrumento de utilidad para la mejora de la prestación de servicios, y la calidad de vida de los empleados públicos.<sup>6</sup>

Pero es el impulso del AMET el que está detrás de la primera experiencia de teletrabajo en la AGE, puesta en marcha con la aprobación de la Orden APU/1981/2006, de 21 de junio, por la que se promueve la implantación de programas piloto de teletrabajo en los departamentos ministeriales. En dicha Orden se menciona como positiva la previa experiencia Piloto de Teletrabajo<sup>7</sup> vinculada al Plan Concilia, y se plantea como “*un paso previo a la regulación de esta forma de organización del*

---

3 Según datos del Ministerio de Trabajo, en 2019 solo el 4% Convenios Colectivos de ámbito superior a empresa registrados, regulaban el trabajo a distancia y teletrabajo, (afectando a algo más de 376 mil trabajadores). En el año 2020 el porcentaje sube al 5%. En el año 2021 se firman y registran un total de 835 Convenios Colectivos, de entre ellos 105 regulan el trabajo a distancia, (dando cobertura a 561.000 personas trabajadoras). La conclusión que se obtiene de los anteriores datos es que existe todavía poco desarrollo convencional del trabajo a distancia y el teletrabajo pero que existe una tendencia al alza, dado que el número de convenios firmados y registrados en 2021 fueron inferiores en número a los de 2019, si bien el cantidad de ellos que regulaban aspectos referentes al trabajo a distancia se había duplicado. Vida Fernández, R., “El rol de la representación legal de los trabajadores y de la negociación colectiva para la conciliación de la vida laboral y familiar de la persona teletrabajadora”, en AA.VV. (Durán Bernardino, M., Dir.), *Teletrabajo y conciliación de la vida laboral, familiar y personal en clave de género*, Dykinson, Madrid, 2022.

4 Cabe mencionar la existencia de instrumentos como resoluciones, circulares, etc, si bien sin carácter normativo, que regulaban muy parcialmente esta materia. Vela Díaz, R. Pág. 6.

5 País Vasco, Aragón, Baleares, Castilla la Mancha, Castilla León, Extremadura, Galicia, La Rioja, Comunidad Valenciana, Cataluña, y actualmente también Andalucía.

6 De hecho, en el ámbito de la Administración general del Estado (AGE), a raíz del Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de marzo de 2005, que aprobó el Plan Concilia, se plantea la posibilidad de experiencias teletrabajo como instrumento de conciliación para los empleados públicos, poniéndose en marcha posteriormente el primer Plan Piloto para Aplicar Técnicas de Teletrabajo. Vela Díaz, R., “El teletrabajo en el empleo público: puntos clave de su actual regulación”, *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, vol. 12, núm. 2, 2022.

7 Vinculado al Plan Piloto se aprobó un Manual para la implantación de programas piloto de teletrabajo en la AGE, a fin de ayudar a diseñarlos e implementarlos departamentos ministeriales y organismos públicos que los pusieron en marcha.

trabajo”<sup>8</sup> .en términos genéricos, (aunque, como se ha dicho, en esta primer etapa es evidente la concepción del teletrabajo en su papel como instrumento de conciliación).

En relación a este tema debe hacerse mención también, por ser el punto de partida sobre derechos digitales vinculados al teletrabajo, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantías de los Derechos Digitales. Sin existir aún una regulación básica relativa a teletrabajo ni en el ámbito público, ni el privado, en ella ya hacía referencia a derechos vinculados a la intimidad, y a la desconexión digital (art. 88.3). Previsión que obviamente es tomada como referente a la hora de desarrollar la actual regulación legal y convencional sobre teletrabajo.

Para concluir este repaso a los antecedentes normativos y experiencias de teletrabajo previos a la actual regulación, debemos hacer mención a las regulaciones sobre trabajo a distancia de algunas de las Comunidades Autónomas, que fueron pioneras en esta materia. De forma breve mencionaremos, la de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, que aprobó el Decreto 36/2013, de 28 de junio, por el que regulaban el teletrabajo, y otro posterior de 2018 (Decreto 16/2018, de 7 junio), y la Comunidad de Castilla-La Mancha, que aprobó su primera regulación del teletrabajo por Decreto 57/2013, de 12 de agosto; la Comunidad de Castilla y León, que lo regulaba por Decreto 9/2011, de 17 de marzo. Destaca entre estas la Comunidad Autónoma de Aragón, que mediante Instrucción de 6 de agosto de 2014, puso en marcha otro pionero el programa piloto de teletrabajo, —si bien, no contaba con una regulación al efecto, pero actualmente se regula por Orden HAP/320/2021 de 31 de marzo—. Aragón está siendo unas de las autonomías que más está invirtiendo en tecnología para consolidar la implantación del teletrabajo, y cuenta con más de medio millar de empleados en remoto.

También debe hacerse particular mención, por su condición de regulación pionera y de calidad en esta materia, a Euskadi, que aprobó mediante Decreto 92/2012, de 29 de mayo, el Acuerdo sobre prestación de servicios mediante la fórmula del teletrabajo por el personal empleado público de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi y sus Organismos Autónomos. Este Decreto es un verdadero antecedente a la actual regulación del teletrabajo. Incluía regulación sobre el propio concepto de teletrabajo y sus características; la aplicación a personal funcionario y laboral: requisitos y procedimiento de autorización para el teletrabajo; forma de determinación de puestos de trabajo aptos para teletrabajo; criterios preferentes de utilización; causas de denegación y suspensión; obligaciones sobre equipación; prevención de riesgos laborales, y formación. Dicha regulación se acompañó de la puesta en marcha de una previa experiencia piloto, y en 2012 se pasó a autorizar el teletrabajo a 330 funcionarios de todos los departamentos de esta administración autonómica.

---

8 La Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos (hoy derogada), recogía en su disposición final sexta, la habilitación para la regulación del teletrabajo en la AGE, (obviamente frustrada): “El Ministerio de Administraciones Públicas, en colaboración con los Ministerios de Economía y Hacienda, de Industria, Turismo y Comercio y de Trabajo y Asuntos Sociales, regularán antes del 1 de marzo de 2008 las condiciones del teletrabajo en la Administración General del Estado”.

Actualmente, el País Vasco se encuentra en una tesitura coincidente con otras administraciones autonómicas<sup>9</sup>. Tiene en ciernes la aprobación de un nuevo Decreto de desarrollo del teletrabajo, acorde con el nuevo artículo 47bis TREBEP, en el que se plantea una modalidad general de teletrabajo de dos días a la semana y otras opciones de gestión para que cada ámbito sectorial de su administración definan aspectos clave como la “*presencia mínima necesaria para el normal funcionamiento de los servicios públicos*”.<sup>10</sup>

Una vez vistos globalmente los antecedentes normativos y experiencias existentes en nuestro territorio, pasamos a analizar la situación actual del teletrabajo en el empleo público de nuestro país. Como se verá, el actual es un momento crucial en términos de impulso y avance, o posible congelación de esta nueva forma de trabajo que, en cualquier caso, sin duda ha llegado para quedarse.

## 2. MARCO JURÍDICO ACTUAL DEL TELETRABAJO EN EL EMPLEO PÚBLICO

### 2.1. La regulación “excepcional” vinculada a la pandemia como impulso del teletrabajo en el empleo público y privado de España

En términos de necesidad y urgencia, la regulación de excepción aprobada con ocasión de la pandemia incluyó la implementación del teletrabajo como preferente mediante las previsiones del artículo 5 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19, de aplicación tanto en el ámbito del empleo público, como privado.

La escasa regulación existente en esta materia en el momento de producirse esta exigencia sobreenvenida, —especialmente en el ámbito del empleo público—, llevó a la aprobación de una dispersa normativa, acuerdos e instrumentos que en las diferentes Administraciones que regularon y dieron forma al desarrollo del teletrabajo como medida para hacer frente a la pandemia. Sin embargo, esta circunstancia se convierte en una serendipia en términos de avance en el marco jurídico del teletrabajo, dado que todo lo que no se había avanzado en años en materia de regulación del trabajo en remoto se aprovecha por el legislador para regularlo de forma estable, y ya desvinculado de la excepcionalidad.

9 Sin perjuicio de esta pionera normativa, y del hecho de que en términos generales, Euskadi es la Comunidad Autónoma donde más creció el teletrabajo entre 2021/2022, (un 25,9%), parece que no se ha consolidado esa tendencia, dado que en 2021 solo 559 empleados públicos estaban autorizados para el teletrabajo (Boletín Estadístico del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas 2021), todo ello a la espera del posible impulso que se pueda dar a esta modalidad de trabajo a raíz del reglamento pendiente de aprobación.

10 <https://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1512839> El gobierno vasco plantea habilitar dos días de teletrabajo semanales para la administración pública.

Así, en el ámbito privado se pasó de la regulación prevista en el Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, a la convalidación de ésta realizada por Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, (ya con vocación de regulación especial, y no como norma excepcional<sup>11</sup>); en el ámbito del empleo público la norma de referencia en esta materia es el Real Decreto-Ley 29/2020, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones Públicas y de Recursos Humanos en el Sistema Nacional de Salud para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la Covid-19 (en adelante RDLT). El artículo 1 del RDLT introdujo el nuevo artículo 47bis, titulado “Teletrabajo”, en el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante TREBEP) siendo esta regulación, en contraste con la aprobada en el ámbito privado, de contenido más reducido, mostrando una opción normativa de mínimos, flexible y articulada apostando por la autorregulación en las distintas instancias territoriales.

Esta configuración legal ha sido bastante criticada por considerarse insuficiente para garantizar un mínimo común ordenador<sup>12</sup> del teletrabajo en el ámbito de lo público, sin embargo, ciertamente, es una opción que casa perfectamente con la descentralización territorial y la potestad de autoorganización administrativa, —que tanto se reclaman o se denostan, dependiendo de los intereses en juego y las circunstancias políticas—. En todo caso, como se comentó en el anterior epígrafe, la regulación existente con anterioridad a la aprobación del nuevo artículo 47 bis del TREBEP en ciertas administraciones territoriales relativa a trabajo en remoto, —cuya ordenación y apuesta en mayor o menor medida, era una opción propia de su organización y estrategia en gestión del personal—, sirve hoy de base a la nueva regulación del teletrabajo adaptada a las características y necesidades de cada administración, organismo y ente público para dar más y mejor respuesta a potenciar su éxito, (que es de lo que se trata y lo que, si no se llega a efecto, se deberá reivindicar por quien proceda...).

## 2.2. El esquema resultante de la nueva regulación del teletrabajo en el Sector Público español

Con carácter previo a analizar la concreta regulación del teletrabajo en el Estatuto Básico del Empleado Público, se debe hacer constar que las nuevas regulaciones de esta forma de trabajo, tanto laborales como de empleo público, tienen contenido y características diferenciadas, —sin perjuicio de algunas coincidencias puntuales—. Como es sabido, la regulación de aplicación a las condiciones de trabajo de los empleados vinculados al denominado “Sector Público”, depende de ante qué Administración, organismo o ente nos encontremos. No existe una unicidad en la regulación de todos los que prestan servicios para nuestro, cada vez más, complejo Sector Público. Por esta razón hay que prestar atención a la normativa de aplicación a las condiciones de trabajo que proceda en cada caso, dado que esto determinará también la regulación que rige en materia de teletrabajo.

11 Fernández Avilés, J.A. *La nueva ordenación jurídica del teletrabajo en España (una visión de conjunto)*. Teletrabajo y conciliación de la vida laboral, familiar y personal en clave de género. Duran Bernardino, M. (dirección). AA.VV. Dikynson. Madrid, 2022.

12 Mellado Ruíz, L., “La nueva regulación del teletrabajo en las Administraciones Públicas: entre la urgencia y la flexibilidad “de mínimos” en tiempo de pandemia”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 57, 2021.

Así, en la mayoría de las Administraciones y entes públicos<sup>13</sup> será de aplicación el nuevo artículo 47 bis del TREBEP, —y las normas de desarrollo que se aprueben en cada ámbito, que serán objeto de negociación colectiva, apartado 2 y 5 del art. 47 bis, determinaran el grueso de su contenido—.

Por su parte, en los ámbitos del Sector Público en que sea de aplicación el Derecho del Trabajo, la regulación de aplicación sobre teletrabajo es nueva Ley 10/2021, de trabajo a distancia (LTD), —tal y como establece el actual artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores—, cuyo ámbito subjetivo de aplicación son “*las relaciones de trabajo en las que concurren las condiciones descritas en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores*” que se desarrollen a distancia con carácter regular. Matizándose en la Disposición Adicional segunda de la LTD, que esta norma “*no será de aplicación al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, que en esta materia se regirán por sus normativa específica*”. Conviene recordar a estos efectos, que también será de aplicación a estos trabajadores del Sector Público el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores, que reconoce el derecho a optar por el trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación familiar y laboral. Este matiz es importante porque en este caso el teletrabajo sí es un derecho, (aunque condicionado su posibilidad acorde con las necesidades organizativas o productivas de la empresa).<sup>14</sup>

En definitiva, queda establecida la intención del legislador de diferenciar claramente la regulación de empleo público, de la laboral en esta materia, si bien, como hemos dicho, la composición del Sector Público es compleja, e incluye ámbitos en los que la regulación laboral es la norma de aplicación sin ambages. Así pues, para concretar cómo queda configurado el esquema de aplicación de las diferenciadas regulaciones —públicas y privadas—, del teletrabajo, debemos atender al ámbito subjetivo del propio Estatuto Básico del Empleado Público, y al, siempre complejo, concepto de “Sector Público”,

De esta forma, el esquema de los diferentes regímenes que rigen en el ámbito del empleo público quedaría de la siguiente forma:

- a. La regulación del teletrabajo básica contenida en el nuevo artículo 47 bis del TREBEP y su normativa de desarrollo en cada ámbito, serán de aplicación, tanto al personal funcionario, como laboral de las Administraciones territoriales, organismos públicos, agencias y demás entidades públicas vinculadas a éstas, y las Universidades Públicas, (artículo 2 TREBEP).

Si bien, hay que matizar que en el caso del personal laboral incluidos en el ámbito de aplicación del EBEP, el referente el artículo 7 del TREBEP, (siendo supletorio el Derecho del Trabajo en lo que no se regule en el propio Estatuto Básico) y, por otro lado, es inexcusable el papel de

<sup>13</sup> El concepto de “Administraciones Públicas” a efectos de ámbito de aplicación del EBEP incluye, según su artículo 2, a: La Administración General del Estado; las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de la Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla; las Administraciones de las Entidades Locales; los Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas y las Universidades Públicas”.

<sup>14</sup> Este derecho a solicitar el teletrabajo por razones de conciliación familiar no existe en estos términos en la regulación del trabajo en remoto del EBEP, sin perjuicio de que puedan preverse medidas de este tipo en la regulación de desarrollo y la convencional laboral.

la regulación convencional. En relación a la negociación colectiva de los empleado públicos, es importante recordar los condicionantes que marca la habilitación competencial en materia de regulación laboral del artículo 149.1.7º CE<sup>15</sup>, —aunque esto no debe ser una problema en términos de homogeneidad de la regulación dado que esta es la fórmula de desarrollo que recoge el art. 47 bis TREBEP tanto para funcionarios, como para laborales—.

Efectivamente, conviene insistir en que, sin perjuicio de que el propio artículo 47 bis TREBEP haga referencia expresa al desarrollo normativo del teletrabajo en el empleo público, como “objeto de negociación colectiva”, y del hecho de que la DA 2ª de la Ley 10/2021 (LTD), excluya de su ámbito a los empleados públicos laborales, en el caso del personal laboral el desarrollo de la regulación del teletrabajo está condicionada por la existencia de la negociación colectiva. Así, las previsiones que se realizan, o realicen, en las leyes de la función pública u otros instrumentos normativos de las diferentes Administraciones respecto al teletrabajo del personal laboral, solo tendrán validez siempre que tengan su fundamento en la negociación colectiva.

- b. Por su parte, en los ámbitos de la Administración donde se cuenta con “*legislación específica propia*”, (artículo 4, 5 y Disposición Adicional cuarta del TREBEP<sup>16</sup>), se aplicarán la regulación que proceda (laboral o pública) según la opción que la propia normativa de dichos ámbitos de la Administración contenga (sin perjuicio de la aplicación supletoria del EBEP ante vacíos o lagunas normativas, art. 2.5 TREBEP. Si bien en esta materia, al ser la del EBEP una regulación de mínimos, es bastante improbable su aplicación por esta vía)<sup>17</sup>. Por tanto, se deberá prestar atención a cada caso en relación a estos ámbitos de la administración<sup>18</sup>.

15 Sobre este particular el profesor Sánchez Morón, M. manifiesta: “Debe destacarse que la legislación laboral es o debe ser, necesariamente, legislación del Estado, de conformidad con el artículo 149.1.7º CE, pues las Comunidades Autónomas carecen de toda competencia en esta materia. Por tanto, las leyes de la función pública no pueden regular en ningún aspecto la relación laboral de empleo público. Solo a través de los Convenios Colectivos que se firmen...las Comunidades Autónomas (y Entidades Locales) participarán en la adopción de normas que desarrollen el Estatuto Básico para el personal laboral”. Sánchez Morón, M., “Objeto y ámbito de aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público”, en AA.VV. (Sánchez Morón, M., Dir.), *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, Valladolid, 2008.

16 Art. 4 TREBEP: Personal funcionario de las Cortes Generales y de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas. Personal funcionario de los demás Órganos Constitucionales del Estado y de los órganos estatutarios de las comunidades autónomas. Jueces, Magistrados, Fiscales y demás personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia. Personal militar de las Fuerzas Armadas. Personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Personal retribuido por arancel. Personal del Centro Nacional de Inteligencia. Personal del Banco de España y del Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito; Art. 5 TREBEP: Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, con regulación específica para funcionarios, y la laboral común para el personal laboral; DA 4ª “Autoridades administrativas independientes” (art. 109 y 110 de Ley 40/2015, de Régimen jurídico del Sector Público, que pese a lo establecido en dicha DA 4ª, optan por la regulación laboral común a la hora de regular su personal.

17 Sobre parte del personal al que se hace aquí referencia: el Acuerdo de la Mesa General de negociación de la AGE, para el desarrollo del teletrabajo en la Administración General del Estado (12/04/2021), excluyó expresamente de su contenido al personal militar de las Fuerzas Armadas, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, personal destinado en establecimientos sanitarios y centros docentes o de apoyo a la docencia, Jueces, Magistrados Fiscales y demás personal funcionario al servicios de la Administración de Justicia, colectivos que se regirán por su propia normativa en materia de teletrabajo.

18 Y no es de sorprender que en ciertos casos predomine la aplicación de la regulación laboral del teletrabajo frente a la del EBEP, como sucede en el caso de las Autoridades Administrativas Independientes, con la tradicional opción por la “laboralización” de su personal, tan criticada en su momento por el profesor Ramón Parada.

c. Para cerrar el esquema, se debe mencionar el denominado “sector público instrumental o empresarial y fundacional”, formado por empresas públicas empresariales, agencias, sociedades mercantiles participadas mayoritariamente por el Estado, y fundaciones de carácter público, que no se encuentran incluidas en el ámbito de aplicación del EBEP, (salvo en lo dispuesto en su Disposición Adicional 1ª TREBEP). Su personal se rige por el derecho laboral común, de tal forma que, en principio, también le será de la aplicación la Ley 10/2021 de trabajo a distancia, y las normas convencionales que la desarrollen.<sup>19</sup> No obstante, estas podrían optar por aplicar la regulación que se apruebe en el ámbito de las Administraciones ordinarias (en este sentido véase lo previsto en la Disposición Adicional 2ª del Proyecto de Real Decreto de teletrabajo en la Administración del Estado). Igual sucede en el caso de las empresas, o entes con participación pública minoritaria, donde la norma laboral del trabajo en remoto será el referente para su personal en todo su contenido.

En los siguientes epígrafes se expondrá, exclusivamente, cómo queda regulada la norma básica sobre teletrabajo en el ámbito del empleo público funcional y laboral, afectado por el Estatuto Básico del Empleado Público, (sin perjuicio de que, a la vista de lo expuesto, podemos afirmar que es clave conocer también la regulación prevista en la norma laboral (LTD) y su desarrollo convencional, a efectos de tener una visión completa de la regulación sobre teletrabajo en todo el “sector público”, pero no se analiza en este artículo por exceder a su objeto).

### 2.3. La regulación del teletrabajo en el artículo 47 bis del Estatuto Básico del Empleado Público: contenido y características

La aprobación del nuevo artículo 47 bis del TREBEP (Capítulo V, *Derecho a jornada de trabajo, permisos y vacaciones*), surge con el objeto de proporcionar unas reglas comunes en materia de ordenación del teletrabajo para el desarrollo posterior en cada Administración, desde el respeto a unos principios generales aplicables a todos los empleados públicos (funcionarios y laborales). La exposición de motivos del Real Decreto-Ley 29/2020, deja claro que su finalidad es “*configurar un marco normativo básico, ... suficiente para que las Administraciones Públicas puedan desarrollar sus instrumentos normativos reguladores del teletrabajo*” en su propio ámbito, y en uso de sus potestades, y “*considerando la competencia estatal sobre la legislación laboral en el caso del personal laboral*”.

En coherencia, la Disposición final segunda del RD-Ley 29/2020, establecía el mandato de adaptación de normas: “*Las Administraciones Públicas que deban adaptar su normativa de teletrabajo a lo previsto en este real decreto-Ley dispondrán de un plazo de seis meses a contar desde la entra-*

<sup>19</sup> Esta aplicación de la norma laboral “parece fuera de duda, aunque por la vía convencional se intente homologar —en lo que sea posible— la regulación establecida con carácter general para los empleados públicos a los de entidades concretas del sector público que quedan extramuros del ámbito de aplicación del artículo 2 del TREBEP”. Jiménez Asensio, R., “El marco regulador de las Administraciones Públicas y en las entidades de su sector público”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. 4, 2021.

da en vigor del mismo”. Obviamente no todas han desarrollado la normativa en dicho plazo, si bien el artículo 47 bis TREBEP, ya es el referente en materia de teletrabajo todas ellas.<sup>20</sup> Como luego se verá, la Administración General del Estado comienza su proceso de adaptación y desarrollo en 2021.

Hay que hacer constar que el principal elemento de valor de esta regulación reside en tener su origen en el diálogo con las diferentes Administraciones (Conferencia Sectorial de Administración Pública, 11 de junio de 2020), y con los agentes sociales (ratificado por Acuerdo de la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas, —sin perjuicio, y contando, con posteriores acuerdos sobre teletrabajo a los que se lleguen en las diferentes Administraciones—).

Ciertamente, la fórmula elegida por el legislador proporciona un amplio margen de autoorganización a las Administraciones, —como, en todo caso, ya se venía produciendo—, y si bien esta fórmula es perfectamente coherente con propia configuración de nuestras Administraciones, también es cierto que conlleva cierto riesgo de que el necesario desarrollo normativo no se realice de forma eficaz y exhaustiva, (o directamente que se den casos en los que no éste no se produzca).

La regulación básica que proporciona el art. 47 bis TREBEP se puede estructurar conforme a sus elementos clave, y su análisis nos puede llevar a ciertas conclusiones en relación al propio desarrollo e incidencia que la regulación sobre esta materia pueda tener en términos de oportunidad para potenciar la mejora en la organización y las políticas de gestión de personal de las Administraciones Públicas. Los puntos clave son los siguientes:

### 2.3.1. El concepto de teletrabajo (art. 47 bis.1 TREBEP)

El legislador lo conceptualiza como la “*modalidad de prestación de servicios a distancia en la que el contenido competencial del puesto de trabajo puede desarrollarse, siempre que las necesidades del servicio lo permitan, fuera de las dependencias de la Administración, mediante el uso de tecnologías de la información y comunicación* (las denominadas TICs).

Como se puede observar estrictamente hace referencia al trabajo con medios telemáticos, diferenciándose del clásico concepto de trabajo a distancia, que es utilizado en la norma laboral, (artículo 2, Ley 10/2021, LTD), y de la que el teletrabajo es una subcategoría o modalidad. Se excluye, por tanto, de esta regulación, (y por tanto de su ejercicio), cualquier otra modalidad de trabajo a distancia diferente al desarrollado mediante TICs

La aplicación de esta regulación pretende ser homogénea para los empleados públicos sea cual sea la naturaleza de su vínculo, siendo por ello que se extiende tanto a funcionarios, como a laborales, a los que de forma expresa se refiere el precepto matizando que se regirán “*por lo previsto en este Estatuto y por sus normas de desarrollo*”, (art. 47 bis.5 TREBEP).

20 Las primeras normas de adaptación fueron: D. 45/2021, de 28 de julio, por el que se regula el teletrabajo para el personal funcionario y laboral al servicio de la Administración General de la Comunidad Autónoma de La Rioja y sus Organismos Autónomos («B.O.L.R.» 29 julio). Decreto 49/2021, de 1 de abril, del Consell, de regulación del teletrabajo como modalidad de prestación de servicios del personal empleado público de la Administración de la Generalitat («D.O.C.V.» 12 abril).

## 2.3.2. Características comunes del teletrabajo en el empleo público (art. 47 bis. 2 TREBEP)

La primera característica a destacar es la propia forma que adopta la regulación que proporciona el EBEP en materia de teletrabajo. Como se ya se dijo, está pensada para su desarrollo en cada Administración competente mediante normas, que serán objeto de negociación colectiva. Se configura, por tanto, como norma básica y mínima, cuyas características básicas contenidas en este precepto deben ser respetadas, sin perjuicio de que el grueso del contenido en cuanto a su forma de organización y régimen jurídico venga determinado por cada Administración, según sus características, necesidades e incluso criterios políticos, en términos prioridades o estilo de organización del trabajo, —sin perjuicio del respeto a los principios constitucionales de actuación de las Administraciones, (entre los que se incluye el servir a los intereses generales con eficacia, art. 103 CE)—.

La ausencia de Planes de Recursos Humanos en las Administraciones, e incluso la imperdonable ausencia de Relación de Puestos de Trabajo que afectan a numerosas Administraciones, pueden encontrar en la regulación del teletrabajo la excusa perfecta para dar un impulso a estas herramientas de gestión de personal, —en las que tanta confianza puso el legislador del EBEP, y que hasta ahora han sido una eterna asignatura pendiente—, que ahora evidenciarán su necesidad para determinar los puestos y condiciones exigibles para acceder al teletrabajo, aunque su previsión o no, según algunos juzgados (*sentencia 78/2019, Juzgado Contencioso-Administrativo 1 de Toledo, de 23 de abril de 2019, o STSJ Castilla-La Mancha 4/2020, de 13 de enero de 2020*), no justifica la limitación de la posibilidad de acceso al teletrabajo de empleados que estén posibilitados. Sin embargo, lo cierto es que los Decretos aprobados hasta ahora, —a salvo del de Aragón—, no hacen referencia a la necesidad de reflejar la condición de puestos habilitados para el teletrabajo en las RPT, lo que no augura buenos pronósticos en cuanto a su potencial utilidad en esta materia y el impulso que esto podría dar a las RPT <sup>21</sup>.

Los criterios de acceso a esta modalidad de prestación de servicios deben ser **objetivos** y se regularán por las normas de desarrollo de las Administraciones, pero respetarán en todo caso la exigencia de ser “**expresamente autorizada**” (lo que implica la necesidad de una previa solicitud) y “**compatible con la modalidad presencial**” (no queda claro si esto es un posicionamiento por el teletrabajo exclusivamente híbrido en las Administraciones, aunque en ninguna norma existe un veto expreso al teletrabajo exclusivamente remoto)<sup>22</sup>. Así, se perfilan los márgenes del modelo, pero se hace necesaria, por tanto, una regulación de desarrollo en torno a las áreas, puestos y actividades en las que es posible el teletrabajo, y los porcentajes de teletrabajo y presencialidad permitidos, (que es realmente lo que determina los modelos de teletrabajo en el empleo público, como luego se verá al comentar la regulación prevista para la administración central).

21 El AMET vincula a la descripción del puesto la prestación del trabajo en remoto... En este sentido resulta esencial la referencia a las RPT como instrumento de ordenación del personal...La falta de aprobación o inexistencia de referencia directa a la posibilidad de teletrabajo, no puede limitar el derecho de los empleados públicos a ejercerlo. (págs. 213 y 214). Belzunegui Eraso, A., “*El teletrabajo en las Administraciones Públicas. Presente y claves para el futuro*”, Instituto Nacional de Administración Pública, Colección INNAP Investiga, Madrid, 2022.

22 Sala Franco, T., sobre este punto, considera que esta característica implica la clasificación entre trabajos exclusivamente presenciales, no presenciales en su totalidad y mixtos (pág. 158).

Su carácter será **“voluntario y reversible”** para ambas partes, (salvo supuestos excepcionales debidamente justificados, como lo fue en su momento la pandemia).

En todo caso, lo que el legislador busca es una configuración que lo aleje de su posible reconocimiento como un derecho subjetivo de sus empleados<sup>23</sup>. Tal y como se regula en el Estatuto no es sino una posible forma de prestación de servicios, que depende de unas concretas reglas que, pese al importante papel de la negociación colectiva en su concreción, entran dentro de la potestad de autoorganización de sus recursos por las Administraciones, para lograr y velar por el interés general —que, como es sabido, es reflejo del respeto al principio de eficacia previsto en el art. 103.1 CE—.

A esto se suma el elemento que más diferencia el teletrabajo del sector público del de la empresa privada, y es estar condicionado en su concesión a que *“las necesidades del servicio lo permitan”*. Aunque es un concepto jurídico indeterminado, las Administraciones podrán, —de forma motivada y acreditando dichas necesidades como objetivas<sup>24</sup>—, dado que no es el ejercicio de una potestad discrecional—, denegar, limitar, suspender, o revocar la autorización para el ejercicio del teletrabajo.

En definitiva, queda claro que no es un derecho individual de los empleados y, lógicamente, tampoco su concesión lo convierte en un derecho adquirido.

Se deberán identificar los **“objetivos y la evaluación de su cumplimiento”**, dado que su finalidad debe ser el **“contribuir a una mejor organización del trabajo”**, —al tener como prioridad la eficacia y eficiencia del servicio público—. El teletrabajo por objetivos y evaluable que plantea la norma nos lleva a afirmar que esta regulación puede constituir una gran oportunidad para regular en términos objetivos y reales, la evaluación de desempeño de los empleados públicos.

En definitiva, son muchos los elementos de oportunidad, no solo para los empleados sino también para la propia modernización y mejora de la organización y gestión del empleo público, que pueden venir de la mano de los posibles modelos de teletrabajo en las Administraciones de nuestro país, por ello es necesario que la regulación de desarrollo se realice de forma adecuada y con esa perspectiva de futuro.

### 2.3.3. Derechos y deberes del empleado público teletrabajador (artículo 47 bis. 3 y 4 TREBEP)

Los empleados públicos teletrabajadores tendrán los mismos deberes y derechos, individuales y colectivos, que los que prestan servicios presencialmente, —salvo los que sean inherentes a la actividad presencial—. Esto incluye las normas sobre prevención de riesgos laborales.

<sup>23</sup> López Vico, S., *El teletrabajo tras la pandemia del Covid-19*, Ediciones Laborum, Murcia, 2022.

<sup>24</sup> La invocación, en términos generales, de “necesidades del servicio”, implica la obligación para la Administración de aportar al expediente el material probatorio necesario para acreditar que su decisión viene apoyada en una realidad fáctica que garantiza la legalidad y oportunidad de la misma así como su congruencia con los motivos y fines que la justifican (Sentencia de la Audiencia Nacional, de 11 de enero de 2002). El incumplimiento de estos requisitos, daría lugar a la ineficacia de la decisión tomada por la Administración al denegar las autorizaciones para teletrabajar, por incumplimiento de las exigencias contenidas en el artículo 39 LPAC. (Págs. 217 y 218). Belzunegui Eraso, A., *“El teletrabajo en las Administraciones Públicas. Presente y claves para el futuro”*, Instituto Nacional de Administración Pública, Colección INNAP Investiga, Madrid, 2022.

Esta formulación es acorde a lo establecido en el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo. Si bien, su planteamiento absolutamente abierto e inconcreto está pensada para que su llevada a efecto se realice mediante las previsiones y acciones específicas que se regulen en la normativa de desarrollo por las Administraciones competentes. Dichas normas tendrán que concretar el contenido y particularidades de estos derechos y, sobre todo, facilitar y garantizar la homogeneidad de los derechos de todos los empleados ante esta nueva forma de prestación de servicios, que es el objetivo y reto principal de la regulación de desarrollo.

Aspectos como la garantía de derechos en términos económicos, de carrera y formación; la regulación de la gestión y control del tiempo de trabajo para evitar potenciales abusos por ambas partes, (con especial incidencia en relación al denominado derecho de los empleados a la “desconexión digital”, reconocido en el art. 14.j bis TREBEP) , que además es —; derecho a la intimidad<sup>25</sup>; las adaptaciones y medidas que garanticen el efectivo ejercicio de derechos colectivos (lo que incluye la necesidad de reconocimiento de facilidades de contacto con los teletrabajadores de los representantes sindicales y unitarios).

Se reconoce de forma expresa el deber de la Administración a proporcionar y mantener “los medios tecnológicos necesarios para su actividad”. Esta exigencia constituye una oportunidad de dar respuesta al objetivo acorde a los mandatos de la UE, para el avance en la digitalización de las Administraciones y el desarrollo de competencias en materia de competencias digitales de los Empleados Públicos de nuestro país.

Especialmente complicadas son las necesarias adaptaciones para su cumplimiento de las normas sobre prevención de riesgos laborales, —que, además, deberán prestar atención a los riesgos psicosociales, que tiene especial incidencia en el caso del trabajo en remoto—. Este aspecto también puede plantearse como una nueva oportunidad para actualizar y mejorar la regulación y ejecución real de la prevención de riesgos laborales en el ámbito del empleo público.

Los deberes de los teletrabajadores no son concretados en el EBEP, si bien es obvio que hacen referencia al cumplimiento de las obligaciones propias del desempeño de su puesto, a lo que se suma el deber de sigilo, seguridad y protección de datos, que en términos de regulación se complementa con el contenido de la Ley Orgánica 3/2018, de Protección de datos personales y garantías de los derechos digitales, al igual que sucede en términos de derechos.

---

25 Los artículos 87 y 88 de la Ley Orgánica 3/2018, de Protección de datos personales y garantías de los derechos digitales, ya hacía referencia a los derechos de los empleados públicos en materia de protección de la intimidad y desconexión digital.

## 3. SITUACIÓN ACTUAL DEL TELETRABAJO EN EL EMPLEO PÚBLICO DE ESPAÑA

### 3.1. Coyuntura actual en el proceso de desarrollo de la norma básica sobre teletrabajo del Estatuto Básico del Empleado Público

Acorde con el mandato de adaptación de la regulación sobre teletrabajo al nuevo artículo 47 bis TREBEP (DF 2ª RD-Ley 29/20, que establecía plazo de seis meses para la adaptación, a contar desde su vigor), las diferentes Administraciones autonómicas han comenzado sus propios procesos de adaptación y desarrollo del trabajo en remoto, con diferente ritmo y éxito.

En el ámbito de la Administración General del Estado (AGE) las bases y criterios generales para el desarrollo del artículo 47 bis TREBEP, fueron negociados en el seno de la Mesa General de negociación de la AGE (firmado por los sindicatos CCOO, UGT, CSIF y CIG y el ministerio de Función Pública), quedando firmado el 12 de abril de 2021, el Acuerdo para el desarrollo del teletrabajo. En dicho documento se recogen los principios generales y contenidos clave para el desarrollo del trabajo en remoto de la Administración central. Según manifiestan los firmantes, esta nueva regulación pretende ser un impulso a la convergencia con los países de nuestro entorno *“en la necesaria implantación del teletrabajo”*.<sup>26</sup>

El 15 de diciembre de 2021, el ejecutivo presentó y sometió al trámite de información pública, el proyecto de Real Decreto para desarrollo y regulación del teletrabajo en el ámbito de la AGE, con el objeto de establecer un marco jurídico que sirva de base y coordine los instrumentos de los distintos departamentos ministeriales y organismos públicos. El trámite de audiencia concluyó el 4 de enero de 2022, (se recibieron un total de 501 aportaciones). A diciembre de 2021 la norma no ha sido aún llevado a Consejo de Ministros y publicada, siendo previsible su aprobación en los primeros meses de 2023.<sup>27</sup>

Este futuro reglamento es de especial interés tanto por afectar a ámbitos clave de nuestra Administración, como por la probable condición de referente que dicha regulación puede constituir para

26 [Lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/territorial/Paginas/2021/120421-teletrabajo.aspx](https://lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/territorial/Paginas/2021/120421-teletrabajo.aspx)

El objetivo de convergencia en términos de teletrabajo con el resto de países de la Unión Europea, se hace constar también en el preámbulo del proyecto de reglamento se hace mención a la denominada “estrategia España Digital 2025 y del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, que en su componente II, integran tanto el Plan de Transformación Digital de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos (2015-2020), como el Plan de Digitalización de las AAPP (2021-2025)”. Estos son los instrumentos en los que se ha de abordar el desarrollo de un proyecto transformador para la implantación del puesto de trabajo de nueva generación que integre tanto los componentes tecnológicos como los vinculados a las capacidades digitales de las empleadas y empleados públicos, así como los asociados a la gestión del cambio.

27 El sindicato CSIF presentó en noviembre de 2022, una reclamación administrativa contra el Ministerio de Hacienda y Función Pública para instar que se ponga en marcha la norma reglamentaria. El 9 de febrero de 2023, presentó demanda Contencioso-Administrativa frente al Ministerio de Hacienda y Función Pública, reclamando el desarrollo reglamentario del teletrabajo.

el resto de Administraciones (sin perjuicio de su independencia a la hora de desarrollar su propia regulación del teletrabajo, y el hecho de que ya cuenten con normas al efecto). Por tal motivo, se analizará su contenido en el epígrafe siguiente.

Como se puede observar, la exigencia de desarrollo por parte de las Administraciones Públicas está conllevando un previsible, y en cierta forma lógico, camino desigual en su regulación e implantación, —pero no parece que la inacción sea la tónica, al contrario de lo que sucedió en su momento con el desarrollo del EBEP, que, como se sabe, fue el motivo de su relativo fracaso—.

La situación es, por tanto compleja y variada, y debemos estar a cada caso si queremos tener una idea completa del nivel que alcanza cada regulación sobre teletrabajo, y más aún sobre su verdadera implantación práctica.

El marco completo quedaría de la siguiente forma:

- a. Nos encontramos con Comunidades Autónomas que cuentan ya con normas de desarrollo adaptadas a la nueva regulación básica del EBEP (Decreto 65/2021, de 9 de junio del teletrabajo en la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla la Mancha; Decreto 45/2021, de 28 de julio, por el que se regula el teletrabajo para el personal funcionario y laboral al servicio de la Administración General de la Comunidad Autónoma de La Rioja y sus Organismos Autónomos, Decreto 49/2021, de 1 de abril, del teletrabajo en la Generalitat Valenciana; Decreto 107/2021, de 15 de septiembre, por el que se modifica el Decreto 1/2018, de 10 de enero, por el que se regula la prestación del servicio en la modalidad no presencial, mediante la fórmula del teletrabajo, en la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura, y la última regulación aprobada en esta materia que es la de la Comunidad de Castilla-León, mediante Decreto 27/2022, de 23 de junio); también con Administraciones con regulación específica previa a la nueva norma básica y experiencias piloto previas a la reforma, que las siguen aplicando, sin perjuicio de encontrarse proceso de revisión de la normativa para su regulación o adaptación a la nueva regulación, (así sucede, por ejemplo, con Cantabria, Asturias, Navarra, Islas Canarias; Comunidad de Galicia, País Vasco, con anterior regulación en proceso de adaptación. Otras que contaban con regulación aprobada en 2020 sobre teletrabajo, muy poco antes de la reforma, como sucede con la Comunidad de Cataluña, Decreto GOV/77/2020, de 4 de agosto; y la de Madrid, Decreto 79/2020, 16 de septiembre).

Aunque lo cierto es que, a fecha del presente artículo, hay Administraciones autonómicas, como sucede con Andalucía, que aún no han desarrollado su reglamento sobre el teletrabajo, ni contaban con regulación anterior, pero que mantienen la posibilidad de teletrabajo vinculado a la extensión de los Acuerdos firmados con las organizaciones sindicales en el entorno del trabajo en remoto de la pandemia, mientras se ultima la nueva regulación adaptada al nuevo art. 47 bis TREBEP.<sup>28</sup>

<sup>28</sup> En Andalucía, donde se encuentra pendiente de aprobación el proyecto de ley de la Función Pública, (que regula el teletrabajo en sus artículos 37 y 90 y hace mención expresa al derecho a la desconexión digital), y el proyecto de Decreto sobre teletrabajo, (que en 2021 fue sometido a consulta pública).

Por su parte en las entidades locales encontramos aún gran disparidad de situaciones, existiendo Ayuntamientos que han aprovechado la regulación del teletrabajo por pandemia para desarrollar a partir de él reglamentos sobre teletrabajo, y otros que aún no cuentan con regulación, ni práctica en teletrabajo.<sup>29</sup>

Se puede hablar, por tanto, de Administraciones con nueva regulación adaptada en teletrabajo, otras con la regulación previa que se conserva y retoca (o no, por ser su contenido acorde a la regulación básica del art. 47bis TREBEP), y otros ámbitos en los que aún se encuentra en proceso de aprobación de los nuevo reglamentos, (o pendiente de ello, o no...). En cualquier caso, por la técnica legislativa elegida por para la regulación del teletrabajo en el empleo público, son precisamente las normas de desarrollo las que tienen el protagonismo en cuanto a la forma de desarrollar esta forma de trabajo, de tal forma que si no se desarrolla esta regulación, difícilmente se llegará a poner en marcha en todas las Administraciones.

### 3.2. Planes de teletrabajo en la Administración General del Estado como medida de ahorro frente a la crisis energética

Centrándonos en el ámbito de la Administración General del Estado, en materia de teletrabajo se mantienen los programas piloto de teletrabajo en los departamentos ministeriales, —de hecho la Disposición Derogatoria del Proyecto de Reglamento prevé la derogación de la Orden APU/1981/2006, que promovió estos programas—, y actualmente se está aplicando, como novedad —y en cierta forma superación de la regulación de la pandémica, y avance a la nueva regulación del teletrabajo—, el denominado teletrabajo vinculado y considerado como una de las medidas de ahorro energético.

Efectivamente, habiéndose retrasado la aprobación del Reglamento de teletrabajo, y a raíz de la Orden pcm/466/2022, de 25 de mayo, por la que se publica el acuerdo de Consejo de Ministros que aprobó el *“Plan de medidas de ahorro y eficiencia energética de la administración general del estado y las entidades del sector público institucional estatal”*, que tiene como objetivo, *“paliar las consecuencias de la crisis energética derivada de la invasión de Ucrania por parte de Rusia”*, se prevé la negociación y puesta en marcha en el ámbito de la Administración Central de *“Planes de trabajo a distancia en el marco del plan de medidas de ahorro y eficiencia energética de la AGE y las entidades del sector público institucional estatal.”*<sup>30</sup>

<sup>29</sup> En el ámbito de las Entidades Locales son numerosos los Ayuntamientos que han aprobado su propio Reglamento sobre teletrabajo tras la entrada en vigor de esta normativa básica, entre otros, los Ayuntamientos de Granada, Ceuta, Valencia, Bailén, Benavente, Comillas, Priego de Córdoba, Tenerife, Culleredo, l'Alfàs del Pi, La Solana, Sagunto, Vivares, Alcalá la Real, Coslada, Olvera, Alcantarilla, etc. Incluso, algunas Federaciones de Municipios, Comarcas y Provincias han aprobado modelos de reglamentos para regular la modalidad de prestación de servicios en régimen de teletrabajo, con el fin de facilitar la labor a los Ayuntamientos de la zona. Vela Díaz, R., “El teletrabajo en el empleo público: puntos clave de su actual regulación”, *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, vol. 12, núm. 2, 2022.

<sup>30</sup> Actualmente, todos los departamentos vinculados a la AGE cuentan con sus planes de teletrabajo como medida de ahorro energético (si bien, su aplicación no es homogénea, siendo el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones el más criticado a nivel sindical por la su lentitud en la implantación y por limitar a un solo día a la semana el teletrabajo).

Realmente, esta nueva “crisis” está sirviendo para el mantenimiento del teletrabajo en la Administración, y a la vez se utiliza como avanzadilla a la verdadera implementación del teletrabajo que vendrá de la mano del reglamento del teletrabajo en la AGE, pendiente de aprobación. Prueba de ello es que el contenido de los diferentes Planes en las diversas dependencias de la AGE que se han aprobado, usando como referencia el apartado 2.1 de dicho Plan de ahorro, son realmente una especie de primer desarrollo del contenido del reglamento del teletrabajo<sup>31</sup>. En ese apartado 2.1 del Plan de ahorro se establecen *“refuerzo del trabajo a distancia con plena garantía de la atención presencial a la ciudadanía”*<sup>32</sup>

Este que podemos denominar “teletrabajo del ahorro energético”, —al igual que el próximo teletrabajo ordinario—, requerirá que las funciones y los puestos aptos para el trabajo en remoto *“sean declarados como tales por las subsecretarías de los departamentos ministeriales u órganos equivalentes de las entidades del sector público institucional estatal”* y *“aprobadas por la Secretaría de Estado de la Función Pública. A tal efecto, en el Acuerdo se determinan elementos que servirán para facilitar esta, previsiblemente conflictiva calificación, (que puedan realizarse de forma autónoma y no presencial, sin necesidad de supervisiones presenciales, que existan medios para su desarrollo y que se garantice la comunicación permanente durante la jornada laboral).*

El acceso al teletrabajo se articulará en cada ámbito mediante un *“sistema de gestión de solicitudes, que habrá de ser objeto de publicidad”, siendo en todo caso voluntario...* La prestación del servicio a distancia, con carácter general, será de *“un total de tres días cada semana, debiendo acudir presencialmente dos”*. Por razones organizativas acreditadas, se podrá autorizar el teletrabajo, *“de dos días cada semana en teletrabajo, debiendo acudir presencialmente tres”*. Es decir, que la presencialidad mínima garantizada nunca será inferior al 40% de la jornada semanal.

En definitiva, como se puede observar (más aún comparado con la lectura del proyecto de reglamento de teletrabajo), se trata de un ensayo, o incluso primera aplicación de teletrabajo ordinario en el empleo público de la AGE, sin perjuicio de los objetivos de “ahorro energético” en los que se enmarca su aprobación.

En este contexto, la intención del ejecutivo era que también en el ámbito de las Comunidades Autónomas, se organizase un impulso del teletrabajo vinculado a los planes de ahorro energético exigido por la crisis energética vinculada a la guerra de Ucrania, (Plan de ahorro del Gobierno

31 Se implantarán medidas de un sistema de trabajo a distancia en la Administración General Estado y del Sector Público estatal para reducir el impacto energético y que posibilite la reducción de desplazamientos, con el consiguiente ahorro energético, así como la reducción significativa de los consumos en los centros de trabajo, en especial de climatización, equipos, iluminación, etc.

32 El Ministerio de Hacienda y Función Pública, sin perjuicio de las medidas que se detallan a continuación, reforzará la atención presencial en las oficinas de la Administración General del Estado y del sector público institucional estatal en las que será preferente la atención a las personas mayores de 65 años, sin necesidad de cita previa, mediante la elaboración de Planes de refuerzo de la atención presencial. Asimismo, se establecerán mecanismos de seguimiento destinados a facilitar la atención presencial a personas afectadas por la brecha digital.

central, Plan + Seguridad Energética<sup>33</sup>). Sin embargo, los planes de ahorro de las autonomías que se han entregado ante el Ministerio de Transición Ecológica han sido bastante escuetos, y sólo el de la Comunidad Autónoma de Aragón ha establecido el compromiso directo de establecer teletrabajo vinculado a los objetivos de ahorro energético (los de Extremadura, Canarias, País Vasco y Asturias mencionan el teletrabajo en sus Planes de ahorro pero no se aplican).

Entre tanto, mediante Resolución de 14 noviembre de 2022, se publicó el denominado “Acuerdo Marco para una Administración del Siglo XXI”, firmado entre el ejecutivo (representado por la Ministra de Hacienda y Función Pública), y las organizaciones sindicales UGT y CCOO. Aunque el objetivo principal del acuerdo era el relativo a incrementos salariales del personal al servicio de las Administraciones Públicas, el teletrabajo también es objeto de ciertas referencias.

En concreto el apartado sexto, titulado “digitalización y diálogo social”, en el que se califica como “oportunidad” la digitalización de procedimientos y el teletrabajo, sin olvidar la garantía de servicios presenciales para “evitar brechas digitales a la ciudadanía”. La referencia realmente solo implica un actitud proactiva, pero cuidadosa y limitada, ante estas nuevas realidades, considerándolo como un “proceso” realizado “a través del diálogo social”, para que suponga una mejora de las condiciones de trabajo y de la calidad de los servicios públicos.

Se recuerda que este “proceso” de digitalización de la Administraciones, a las que va vinculada la implementación del teletrabajo, está previsto en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR) aprobado por el Consejo de Ministros el 27 de abril de 2021. Por esta razón, se reivindica el papel protagonista de la comisión de seguimiento de este Acuerdo, que “tendrá conocimiento y participación en los procesos que se están implementando” en materia de “servicios digitales, capacitación del personal, nuevos perfiles profesionales y teletrabajo”, mencionando también la garantía de presencialidad para atención de población con dificultades digitales, el impulso de la digitalización de las administraciones en zonas con menor población, mediante formación y dotación de herramientas para garantizar la atención en igualdad de condiciones a la población de estos lugares, y la garantía de la formación (itinerarios formativos digitales que posibiliten el desarrollo profesional de los empleados públicos).

En definitiva, se reproduce los objetivos del PRTR en esta materia y, sobre todo, se garantiza la intervención y control de las organizaciones sindicales, que mediante el diálogo social participarán en los hitos del camino de la digitalización de los servicios públicos, —y colateralmente del teletrabajo—.

También el apartado noveno, titulado “medidas a aplicar en la AGE y su sector público” hace mención a la “inmediata” puesta en marcha del teletrabajo en la AGE, y su sector público (debe ser para que no se pierda la esperanza), pero se aprovecha para advertir de la determinación de puestos que no van a poder acceder al trabajo en remoto se realizará mediante la negociación colectiva, (pa-

33 <https://www.miteco.gob.es/es/ministerio/planes-estrategias/seguridad-energetica/>

reciendo advertir cuál es uno de los puntos más controvertidos de la puesta en marcha de la nueva regulación del teletrabajo<sup>34</sup>).

Por concluir el repaso a las últimas novedades en relación a la configuración normativa del teletrabajo en la Administración central, hay que hacer mención al anteproyecto de Ley de la Función pública de la AGE (aprobado en Consejo de Ministros el 20 de diciembre de 2022), —que precisamente era una de las reformas acordadas en el antes mencionado “Acuerdo para una Administración del S.XXI”—. En su previsible contenido se hace referencia al teletrabajo, pero no se plantea en término de meras generalidades, quedando claro que, por ahora, el auténtico desarrollo en esta materia vendrá de la mano del reglamento pendiente de aprobación, que comentaremos seguidamente.

## 4. CONTENIDO DEL PROYECTO DE REAL DECRETO PARA EL DESARROLLO DEL TELETRABAJO EN LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

Redactado en consonancia con el contenido del Acuerdo para la regulación e implantación del teletrabajo en las Administraciones, el Proyecto de reglamento del teletrabajo en la AGE<sup>35</sup>, tiene como finalidad desarrollar esta modalidad especial de trabajo acorde con el contenido y mandato sobre adaptación de la normativa de cada administración con el artículo 47 bis del EBEP, si bien, dejando claro de forma expresa, que *“la forma ordinaria de prestación de servicio en las Administraciones es la presencial”* (art.1.2).

Además, en el preámbulo del Proyecto, se reivindica la consideración del teletrabajo como instrumento adecuado para la consecución de objetivos que van más allá de las consabidas mejores condiciones de trabajo y la conciliación, como son: la modernización de la organización del trabajo a través de la generalización de la dirección orientada a la consecución de objetivos y la evaluación del desempeño; contribuir a la sostenibilidad ambiental; reducción de costes y mejor uso de espacios públicos y fomentar la presencia de la AGE en zonas del territorio en declive demográfico, y generalizar el uso de las nuevas tecnologías, (preámbulo apartado II y artículo 1.2 del Proyecto de RD)<sup>36</sup>.

34 *“...a la par que el reconocimiento de la esencial laboral del personal que desarrolla tareas de atención necesariamente presencial, especialmente para los grupos C1 y C2, así como cuerpos y categorías no susceptibles de teletrabajo por desempeño obligatorio presencial o de atención al público”,* (párrafo segundo del apartado noveno del Acuerdo).

35 El Proyecto consta de 23 artículos divididos en cinco capítulos, siete disposiciones adicionales, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y cuatro disposiciones finales.

36 Enlace del Ministerio de Política Territorial con información sobre el Proyecto de Real Decreto regulador del teletrabajo en la AGE: [https://mpt.gob.es/portal/ministerio/participacion\\_proyectos/consulta\\_previa/proyectos/2021/2021-03-31.html](https://mpt.gob.es/portal/ministerio/participacion_proyectos/consulta_previa/proyectos/2021/2021-03-31.html)

Seguidamente analizaremos —de forma no exhaustiva—, los conceptos y elementos clave que aportará esta nueva regulación en el desarrollo y puesta en marcha del teletrabajo en el empleo público de la Administración central, entre los que destacan los siguientes:

- a. Definiciones.** Se aporta un concepto de teletrabajo igual sustancialmente al del artículo 47 bis TREBEP, y se añaden otros no previstos en la norma básica, y que son imprescindibles en términos de puesta en marcha y organización del trabajo en remoto, (artículo 2: “*persona trabajadora, servicios presenciales, persona supervisora, horario de disponibilidad, plan de teletrabajo y acuerdo de teletrabajo*”).
- b. Ámbito de aplicación.** Afectará a “empleados públicos” (con independencia de cuál sea la naturaleza de su vínculo), pertenecientes a la AGE; entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social; organismos públicos; entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas a la AGE que se rijan por normativa general de la función pública (art. 3).

Se deja libertad de elección en cuanto a la normativa a aplicar respecto al personal vinculado a las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de la AGE y Funciones del Sector Público estatal, la Disposición Adicional 2ª establece que esta regulación “podrán ser de aplicación” a estos, al igual que en los entes del Sector Público “no incluidos en el ámbito de aplicación del art.3”.

Se excluyen de forma expresa (por su especial condición, y sin perjuicio de que se apruebe en su ámbito, su regulación específica en materia de teletrabajo): el personal militar de las Fuerzas Armadas; personal de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado; personal destinado en establecimientos sanitarios; personal que preste servicios en centros docentes o de apoyo a la docencia; Jueces, Magistrados, Fiscales y demás empleados públicos al servicio de la Administración de Justicia.

Características (art. 4). En consonancia con el contenido del art. 47bis TREBEP, el teletrabajo siempre será voluntario, reversible para ambas partes (salvo excepciones justificadas, en que podrá declararse obligatorio e incluso a jornada completa, art. 6, —véase, pandemias o similares—), “*expresamente autorizado y compatible con la modalidad presencial*” (es decir, que se opta por el modelo híbrido del teletrabajo). Su autorización irá supeditada a “*las necesidades organizativas y del servicio*”, y acorde con los medios técnicos y presupuestarios con que se cuente para posibilitar su ejercicio.

Es importante destacar que se expresa de forma tajante el hecho de que “*el teletrabajo no constituye un derecho de los empleados/as públicos*”.

Con esta regulación se dejan claras muchas de las características y finalidades que condicionan y definen el teletrabajo en el ámbito de la Administración, —perfiladas ya en el precepto del EBEP—.

- c.** El Capítulo II regula las “condiciones del teletrabajo”, comenzando por el que, seguramente, el punto más controvertido en términos organizativos y de negociación: La exigencia de

determinación de las *tipologías de puestos aptos para teletrabajo*, sin afectar, en ningún caso, a “*las necesidades del servicio*” (art. 7.3), —siendo este importante límite al teletrabajo, un concepto jurídico indeterminado que deberá concretar cada Administración, de forma objetiva y motivada<sup>37</sup>—.

El Ministerio de Hacienda y Función Pública (previo Acuerdo con la Mesa General de negociación) establece los “criterios comunes” que identifican los puestos compatibles con teletrabajo. El art. 7 facilita esta tarea aportando el propio concepto de “*puestos susceptibles de ser desempeñados en teletrabajo*”, (que, obviamente, se deberá tener presente a la hora de identificar los puestos hábiles para el teletrabajo). Lo condiciona a que puedan desempeñarse en “*las mismas condiciones que en modalidad presencial*” pero telemáticamente y garantizando la comunicación permanente durante la jornada. A esto se añade una especie de listado, no exhaustivo, de ámbitos excluidos del teletrabajo (“*funciones directivas, de confianza o asesoramiento especial*”<sup>38</sup>, *puestos no verificables mediante indicadores, no realizables de forma autónoma y no presencial*”).

Por su parte, cada departamento o entidad (también previa negociación con sindicatos), analizará los puestos para determinar en concreto los que pueden acceder a teletrabajo. El fruto de esta labor queda plasmada en los “**planes de teletrabajo**” (art.12) que se apruebe a instancia de la titular de la subsecretaría del departamento ministerial, titular de la presidencia o dirección del organismo público o entidad de derecho público. Estos planes deben contar con un contenido mínimo<sup>39</sup> (art. 12.1) que justifique y garantice los requisitos exigidos para que admitirse el teletrabajo.

37 El Tribunal Supremo considera que es competencia de cada Administración el concretar qué sea o constituya, una afectación para el servicios público. STS 5866/2006, de 22 de diciembre. Vela Díaz, R., “El teletrabajo en el empleo público: puntos clave de su actual regulación”, *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, vol. 12, núm. 2, 2022.

38 Esta exclusión de funciones directivas y similares ha sido objeto de propuesta de modificación por no tener consistencia objetiva según consta en el informe sobre propuestas ciudadanas realizadas en el proceso de audiencia pública del proyecto de reglamento (marzo 2022). Opinión que comparto, dado que dicha exclusión puede tener impacto en términos acceso a este tipo de puestos por parte de empleadas y empleados con hijos, por razón de necesidades de conciliación. [https://mpt.gob.es/dam/es/portal/ministerio/participacion\\_proyectos/consulta\\_previa/proyectos/2021/2021-03-31/Nota\\_resumen\\_Consulta\\_publica\\_RD\\_Teletrabajo\\_AGE.pdf.pdf](https://mpt.gob.es/dam/es/portal/ministerio/participacion_proyectos/consulta_previa/proyectos/2021/2021-03-31/Nota_resumen_Consulta_publica_RD_Teletrabajo_AGE.pdf.pdf)

39 Contenido mínimo que debe contener cada “Plan de Teletrabajo” (art. 12.1): a) Las causas y objetivos de la propuesta, que en todo caso deberá contribuir a una mejor organización del trabajo que fundamenta su implantación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.2. b) El estudio de los puestos que puedan ser desempeñados en modalidad de teletrabajo, en función de las tareas encomendadas para el cumplimiento de sus funciones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5.1, indicando su adscripción orgánica y funcional o territorial. c) El sistema de seguimiento y evaluación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5.2. d) De acuerdo con lo anterior, la planificación estratégica de implantación del teletrabajo, incluyendo las capacidades máximas iniciales de prestación de servicios en esta modalidad, el objetivo a alcanzar durante la duración del plan; así como el porcentaje mínimo de prestación de servicios presenciales que habrá de asegurarse en la jornada semanal, que no podrá ser nunca inferior al 40%. e) Sistema o sistemas de gestión de solicitudes a utilizar, modalidades de teletrabajo, así como la duración del programa, que deberá respetar lo dispuesto en el artículo 8. d) Baremo aplicable, en su caso, para la autorización de solicitudes de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 15 de este real decreto. e) Tipología de medios tecnológicos necesarios para el desempeño de las funciones mediante teletrabajo. f) Posible impacto en la optimización de edificios administrativos.

Es probable que sea origen de futuros conflictos a título colectivo, e individual.<sup>40</sup> Como se comentó en el anterior epígrafe, a día de hoy, la complicada labor de determinación de puestos aptos para el teletrabajo se ha realizado en la AGE con ocasión de la implementación del teletrabajo coyuntural vinculado a las medidas de ahorro derivadas de la crisis energética, (esto, sin duda, facilitará las cosas a la hora de poner en marcha esta regulación ordinaria sobre teletrabajo).

Por último, se establece como indispensable para la determinación de puestos de teletrabajo la garantía de posibilidad de evaluación del desempeño del puesto. Se concretarán, de forma negociada, los “*indicadores cuantificables fijados y evaluable periódicamente*”, que serán el referente para determinar si el empleado puede o no, continuar prestando servicios en la modalidad de teletrabajo, (art. 5.2). Esta labor de valoración se atribuye a las personas designadas supervisoras, junto con el control de la Inspección de servicios.

**d. Las condiciones para el acceso al teletrabajo, (artículos 13 a 15) son:**

Se realizará mediante un “sistema de gestión de solicitudes” público, que funcionará mediante convocatorias anuales, o sistemas abiertos, que permita la recepción de solicitudes y concesión o no de autorizaciones de forma permanente. Como se observa se establecen como dos posibles opciones que dependerá de cada departamento, si bien, considero que el haber optado por un único sistema de gestión permanente habría sido más acertado por suponer garantía de un sistema más abierto y facilitador de la implantación del teletrabajo.

La autorización deberá respetar varios requisitos formales y de fondo, y debe ser motivada. La autorización debe fundarse en el respeto a las consabidas necesidades del servicio, el respeto a la igualdad de oportunidades y los requisitos (art. 14) y criterios prioritarios de acceso (art. 15). Las personas solicitantes deberán cumplir cinco requisitos: encontrarse en activo al acceder al teletrabajo (puede solicitarse el teletrabajo desde situación distinta al servicio activo, siempre que implica la reserva del puesto); antigüedad mínima en el puesto de 1 año en la unidad y puesto (no exigido en el caso de teletrabajo en modalidad excepcional, art.8.2); contar competencias digitales (aunque no se indica cómo se acreditará); en caso de existir previa revocación de autorización de teletrabajo, que hayan transcurrido 2 años desde entonces; no compatibilidad reconocida con otra puesto en el ámbito público o privado).

Respecto a los criterios de autorización (art. 15), se otorga una discrecionalidad matizada a cada entidad, que en su Plan de teletrabajo podrá establecer prioridades. En todo caso tendrán prioridad de acceso personas con discapacidad, razones de salud, víctimas de violencia de género, o terrorismo, y se reivindica la perspectiva de género en la concesión de la autorización, exigiendo el equilibrio por géneros en relación a la plantilla (no superar un desvío por géneros del 10%, para evita la perpetuación de roles de género...).

<sup>40</sup> A modo de ejemplo: Sentencia de 17 de enero de 2022, del Juzgado de lo Social núm.3 de Santiago de Compostela, que reconoció el derecho al teletrabajo dos días en semana, a una funcionaria que presta servicios de atención al público y registro. Se motiva la decisión por la existencia de un sistema de turnos entre los empleados para garantizar la atención al público, y el hecho de que parte de la actividad del puesto no requiera ejecución presencial.

Nada se dice en relación a las prioridades de acceso vinculados a la conciliación, lo que es un error dado que el notoria su utilidad como instrumento o medida de apoyo a la conciliación de la vida familiar, que a su vez es un derecho de los empleados públicos reconocido en el art. 14. j del TREBEP. Puede que esta omisión vaya vinculado al debate sobre el sesgo de género que afecta actualmente al teletrabajo y sus negativas repercusiones sobre las trabajadoras, pero omitir ese derecho no lo soluciona, —sin perjuicio de la necesidad de la existencia de medidas correctoras sobre esos problemas de sesgo por razón de género y, en general, sobre las posibles consecuencias negativas para las personas trabajadoras con necesidades de conciliación—. De hecho la referencia a las necesidades de conciliación son reconocidas como criterio a favor de la autorización a teletrabajar en varios de los Decretos autonómicos, siendo valorados en como puntuables para desempate en la concesión de la posibilidad de teletrabajo, (así sucede en el baremo previsto en el Decreto balear, en el castellano-leonés, castellano-manchego, extremeño, el gallego y el vasco<sup>41</sup>).

**e. Las modalidades de teletrabajo** (art. 8). Las modalidades por las que se opta en el reglamento tienen como característica común el ser teletrabajo híbrido y limitado en el tiempo.

La modalidad ordinaria será el teletrabajo 3 días, y dos de trabajo presencial, durante dos años (sin perjuicio de posibles prórrogas, condicionada a nueva solicitud).<sup>42</sup>

La modalidad “excepcional” es la que incrementa el tiempo de teletrabajo hasta un total del 90% de la jornada, y un 10% de presencialidad en cómputo mensual. La condición para su aceptación será que esté vinculado a un compromiso de residencia del teletrabajador en “zonas en declive demográfico” (según se identifique por el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico); o la atención de servicios en “ámbitos geográficos, unidades orgánicas o puestos de difícil cobertura”, (identificados como tales por la Secretaría de Estado de la Función Pública). Su duración, aunque limitada, no se concreta a priori, quedando a merced de lo que establezca el respectivo Plan de Teletrabajo.

En caso de fuerza mayor, podrá obligarse al teletrabajo, e incluso a jornada completa (art. 6), —como ya se comentó al hablar de la excepción a la condición de sometido a la voluntad de las partes del teletrabajo—.

Sobre **la jornada**, no se admiten fraccionamientos respecto a la ordinaria, debiendo ser la misma para teletrabajo y trabajo presencial. Se reconoce el derecho de las entidades de la administración con teletrabajadores a “fijar los días de la semana” en los que será presencial el trabajo, y también el establecer turnos que garanticen un mínimo de empleados en trabajo

41 Belzunegui Eraso, A., “El teletrabajo en las Administraciones Públicas. Presente y claves para el futuro”, Instituto Nacional de Administración Pública, Colección INNAP Investiga, Madrid, 2022, pág. 211 a 213.

42 Como se puede observar, es la misma proporción que se usa en la regulación del teletrabajo vinculado al Plan de ahorro energético que ya está en vigor en la AGE.

presencial. Se trata, en definitiva de garantizar el derecho de organización de la administración en esta materia y priorizar el respeto a las necesidades del servicio, y la garantía de atención adecuada del servicio público y los ciudadanos, —que como es sabido son los principales condicionantes de esta forma de organización del trabajo—.

- f. El acuerdo de teletrabajo** (art. 17). Es el documento que debe figurar en el contenido de la Resolución por la que se autorice el teletrabajo, y que aprobará la persona titular del ámbito en el que se tramite. En el acuerdo tendrá como contenido mínimo, información concreta sobre (art. 17.2): modalidad de teletrabajo; jornada y medios de comunicación que se utilizarán; ubicación elegida por el empleado en remoto; planificación de objetivos, plazos y criterios de evaluación; horario de disponibilidad; duración de la autorización y condiciones para su prórroga.

El acuerdo de teletrabajo puede finalizar por la finalización del plazo establecido; por la renuncia por parte de la persona teletrabajadora, (pero con previo aviso mínimo de quince días, y veto a nueva solicitud de un año desde la fecha de efectos de dicha renuncia); también se prevé la posibilidad de revocación del acuerdo de teletrabajo (art. 21.2: por necesidades del servicio, incumplimiento de requisitos, incumplimiento de objetivos, recomendaciones de prevención, incumplimiento de confidencialidad, incumplimiento de comunicar alteración en los requisitos para obtener el teletrabajo, o modificación sustancial en las funciones del empleado).

- g. Los Derechos y deberes de los teletrabajadores**, (artículos 10), serán los mismos que los de los trabajadores presenciales. Sin perjuicio de las previsiones sobre esta materia que se hace en este artículo (retribución, carrera profesional, formación, derechos colectivos..), que amplían la mera referencia a equivalencia de derechos que hacía el art. 47bis EBEP, es importante el “acuerdo de teletrabajo”, en el que se podrán concretar derechos y obligaciones propias de esta forma de trabajo.

Es curioso el hecho de que no se mencione expresamente la desconexión digital, a la que se puede decir que se hace una referencia indirecta en el art. 10.2 al remitirse a los derechos de la LO 3/18 de Protección de Datos Personales y garantías de derechos digitales (art. 88), pero obviamente falta desarrollo sobre este punto de tanta trascendencia.

Se reconoce la obligación de dotar a los teletrabajadores con medios TIC (art. 18), que deberá ser el mismo que se use en las jornadas presenciales para evitar duplicidades. Incluirá equipo informático con tarjeta de datos, y herramientas ofimáticas y de ciberseguridad. Se pueden plantear dudas sobre si la referencia que se hace sobre el condicionante de esta dotación a la “*disponibilidad presupuestaria y de medios existente en cada departamento*”... sin que pueda suponer un incremento de gasto público. Entiendo que no debe interpretarse como una posible exención a esta obligación, sino un dato que complementa el requisito que se exige a las administraciones para autorizar el “*Plan de teletrabajo*”, que tal y como establece el art. 12.1.e), incluye entre su contenido mínimo la “*tipología de medios tecnológicos necesarios*” para el teletrabajo, (lo que se extiende también a su dotación presupuestaria).

Respecto a la dotación de mobiliario u otro material preciso (a día de hoy, incluso las gafas en ciertos casos, con ocasión de la STJUE 22 de diciembre de 2022, Sala Segunda<sup>43</sup>), adecuado en términos de seguridad laboral, la norma no es tan clara como sí lo es con los TICs, pero se deduce que es obligación de la Administración el proporcionarlos y que sean adecuados. En concreto el artículo 11.2 sobre prevención de riesgos laborales, hace mención a que la persona teletrabajadora deberá contar, antes de empezar con esta modalidad de trabajo, con un espacio físico y “*mobiliario adecuado para ejercer la actividad*”, de lo que deberá hacer “*declaración responsable*”. Pues bien, siendo el mobiliario “equipo de trabajo”, por razón de lo establecido en el art.14.5 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales (de aplicación supletoria por razón de la D. Adicional 7ª, del RD 67/2010, de adaptación de la legislación de prevención a la AGE), la lectura de este precepto no puede ser más que o bien la administración compensará al teletrabajador/a por este gasto, o proporcionará los medios adecuados para cumplir con esta, su obligación en materia de prevención de riesgos.<sup>44</sup>

En el proyecto de reglamento se hace referencia particularizada a la protección de seguridad y salud laboral (se hace referencia en esta norma al derecho a mobiliario adecuado, información sobre riesgos, y la obligación de “implantación” de las medidas de prevención por el propio trabajador, que podrán en caso de incumplimiento, ser motivo de revocación de la opción de teletrabajo, art. 11).

## 5. CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

El desarrollo normativo del teletrabajo en el empleo público ha dado un paso de gigante en los últimos años, y este hecho es en sí mismo una buena noticia, sin perjuicio de todas las críticas que se puedan hacer a la opción legislativa elegida o al mayor o menor acierto en su desarrollo por las diferentes administraciones a nivel reglamentario y convencional. El reconocimiento del teletrabajo como una nueva forma de prestación de servicios en las Administraciones de la mano del nuevo artículo 47 bis TREBEP, supone una enorme oportunidad de cambio, y un gran reto por el esfuerzo que requiere en términos de puesta en marcha y cambio cultural.

Sin duda, se producirán cambios y constante evolución en el propio desarrollo del teletrabajo, porque este es un camino de largo recorrido con exigencias constantes de adaptación cultural y tec-

43 STJUE, Sala Segunda, Sentencia de 22 de diciembre de 2022, C-392/2021. Ponente: Arastey Sahún, M. Lourdes. 12 de enero de 2023. Los empresarios deben proporcionar a los trabajadores gafas o lentillas especiales y específicas para el trabajo, siempre que los reconocimientos médicos demuestren que son necesarios y la actividad laboral conlleve el uso de ordenador.

44 Aunque soy consciente de que en la mayoría de reglamentos que hasta ahora viene regulando en materia de teletrabajo la de regular el suministro de equipación para el teletrabajo suele ser el optar porque sean los propios empleados los que los ponga a disposición para desempeñar su trabajo. En este sentido también Vela Díaz, R. (pág. 20).

nológica, al igual que la imprescindible aplicación en las Administraciones de nuevos instrumentos tecnológicos y digitales, como ya se está produciendo en algunos ámbitos (apps, asistentes virtuales, aplicaciones informáticas para resolver expedientes..). El reto está en conseguir hacer lo mejor posible la implementación de los necesarios cambios que el teletrabajo requiere, y que el objetivo sea tanto la mejora en la calidad de vida de los empleados públicos y el desarrollo de sus competencias digitales, como el mejor funcionamiento de las propias Administraciones y, por ende, de los propios servicios públicos.

La utilización de instrumentos de gestión de personal, (previstos en su día en el texto originario del Estatuto Básico del Empleado Público, y poco o nada usados por las Administraciones hasta ahora), como son la planificación y políticas de gestión de personal, evaluación del desempeño, trabajo por objetivos, o la mera aprobación y utilización de las Relaciones de Puestos de Trabajo, serán imprescindibles y, por tanto, objeto de desarrollo, con ocasión de la implantación del trabajo en remoto.

Lógicamente, también surgirán nuevos conflictos (sobre todo en torno a aspectos como el propio acceso al teletrabajo, la dotación de medios, la protección de la salud, o el reconocimiento de accidentes laborales producidos durante la jornada laboral en teletrabajo), y se irán consolidando soluciones judiciales y convencionales a los diferentes puntos de fricción vinculados al teletrabajo.

Por otra parte, el teletrabajo exige implementar otro tipo de medidas y políticas colaterales, como sucede con la necesidad de adoptar medidas y medios (formación, divulgación, atención personalizada, garantías de presencialidad) para minimizar los efectos en este proceso de la brecha digital que, por socioeconómicas y de edad, afecta a cierto número de ciudadanos.

El éxito del definitivo marco jurídico y la calidad en la práctica de esta forma de trabajo la determinará, en gran medida, el nivel que se alcance en la negociación colectiva que se lleve a cabo sobre esta materia, (y también las reivindicaciones de los propios trabajadores implicados). De hecho, sin perjuicio del imprescindible papel del nuevo Reglamento pendiente de aprobación, la negociación colectiva será la vía para el necesario avance en la regulación de los aspectos más espinosos del teletrabajo, como son el cumplimiento de las obligaciones en materia de prevención de riesgos psicosociales, la desconexión digital, el sesgo de género que actualmente le afecta (y sus consecuencias), o cuestiones propias de esta forma de trabajo como el derecho a la intimidad o la seguridad digital. Esto es, realmente, una ventaja, y seguramente se terminará valorando, dado que la puesta en marcha y evolución del teletrabajo, sin duda, requerirá flexibilidad y rapidez en términos de adaptación a constantes cambios y nuevas realidades, (dentro de las se incluye las prioridades de los empleados públicos del futuro, que seguramente rechacen la clásica presencialidad como forma de trabajo).

Obviamente en las Administraciones coexisten diversidad de experiencias y prácticas como consecuencia de nuestro modelo abierto al desarrollo normativo de cada Administración, —e incluso la existencia de ámbitos del Sector Público regidos por la norma laboral ordinaria—. Consecuentemente veremos (ya vemos), avances desiguales en las diferentes Administraciones, además de buenas y malas prácticas, éxitos y fracasos, y diferentes posiciones dependientes, en gran medida, de opciones políticas, prioridades de los propios empleados o las propias características del ámbito de que se trate, y esto no es por sí negativo.

Para concluir debemos recordar que esta realidad tiene dimensiones globales, y que desde la Unión Europea se nos insta a seguir avanzando en la misma por sus diversas ventajas, que incluyen la mejora medioambiental, la calidad de vida de los ciudadanos y el impulso a la digitalización y modernización de las organizaciones. Sobre este particular, reciente informe de la OIT sobre “tiempo de trabajo y equilibrio entre trabajo y vida privada en el mundo” (30/12/2022), corrobora que “*la implementación a gran escala del teletrabajo en casi todas partes del mundo donde era posible hacerlo, cambió...la naturaleza del empleo, y probablemente lo hará más en un futuro previsible*”; “*las medidas de flexibilidad en el trabajo pueden beneficiar las economías, las empresas y a los trabajadores, sentando las bases para un mejor y más saludable equilibrio entre el trabajo y la vida privada*”.

En definitiva, la actual regulación e implantación del teletrabajo en el empleo público español se puede valorar como el principio de un proceso de largo recorrido, un camino en su inicio con mucho por andar, que ofrece enormes oportunidades para la modernización y mejora de la política de gestión e instrumentos de organización del empleo público, y para la calidad del trabajo de los empleados públicos que, dependiendo del acierto en su ejecución y desarrollo, puede constituir un gran logro, que no debe ser desaprovechado porque no tiene marcha atrás.

## 6. BIBLIOGRAFÍA Y WEBGRAFÍA

- Belzunegui Eraso, A., “*El teletrabajo en las Administraciones Públicas. Presente y claves para el futuro*”, Instituto Nacional de Administración Pública, Colección INNAP Investiga, Madrid, 2022.
- Gala Durán, C., “El teletrabajo en las Administraciones Públicas”, *Revista Trabajo, Persona, Derecho y Mercado*, núm. 3. 2021.
- Gallego Moya, F., *El teletrabajo: balance del primer año de negociación colectiva y aplicación judicial*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2021.
- Jiménez Asensio, R., “El marco regulador de las Administraciones Públicas y en las entidades de su sector público”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. 4, 2021.
- López Vico, S., *El teletrabajo tras la pandemia del Covid-19*, Ediciones Laborum, Murcia, 2022.
- Mellado Ruíz, L., “La nueva regulación del teletrabajo en las Administraciones Públicas: entre la urgencia y la flexibilidad “de mínimos” en tiempo de pandemia”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 57, 2021.
- Rastrollo Suárez, J.J., *Crisis, reacción y evolución: el teletrabajo en el sector público*, Aranzadi, Navarra, 2021.
- Rodríguez Iniesta, G., “El trabajo a distancia en las Administraciones Públicas”, en AA.VV. (Alzaga Ruiz, I., Sánchez Trigueros, C. y Hierro Hierro, F.J., Dirs.), *El trabajo a distancia: una perspectiva global*, Aranzadi, Navarra, 2021.
- Sánchez Morón, M., “Objeto y ámbito de aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público”, en AA.VV. (Sánchez Morón, M., Dir.), *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, Valladolid, 2008.

## LA REGULACIÓN DEL TELETRABAJO EN EL EMPLEO PÚBLICO: Coyuntura y perspectivas de futuro

- Sala Franco, T., "El Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, sobre el trabajo a distancia", en AA.VV. (Sala Franco, T., Dir.), *El Teletrabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- Vela Díaz, R., "El teletrabajo en el empleo público: puntos clave de su actual regulación", *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, vol. 12, núm. 2., 2022.
- Vida Fernández, R., "El rol de la representación legal de los trabajadores y de la negociación colectiva para la conciliación de la vida laboral y familiar de la persona teletrabajadora", en AA.VV. (Durán Bernardino, M., Dir.), *Teletrabajo y conciliación de la vida laboral, familiar y personal en clave de género*, Dykinson, Madrid, 2022.
- Vida Fernández, R., "Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas". Tesis doctoral, DIGIBUG, Granada, 2017. Informe sobre teletrabajo en España, Randstad Research, 2021.
- Organización Internacional del Trabajo, Informe: *El tiempo de trabajo y el equilibrio entre trabajo y vida primada en el mundo*. Publicado el 30 de diciembre de 2022. Ginebra. [https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS\\_864996/lang-es/index.htm?shared\\_from=shr-tls](https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_864996/lang-es/index.htm?shared_from=shr-tls)
- Padilla Ruíz, P., Teletrabajo de los empleados públicos. Realidad o ficción. 2022. <https://pedropadillarui.es/teletrabajo-de-los-empleados-publicos/>
- Plan de medidas de ahorro y eficiencia energética de la Administración General del Estado y las entidades del sector público institucional estatal. Orden PCM/466/2022, de 25 de mayo, Acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de mayo de 2022. <https://www.miteco.gob.es/es/prensa/ultimas-noticias/el-gobierno-aprueba-un-plan-de-medidas-de-ahorro-y-eficiencia-energetica-en-la-administracion-general-del-estado/tcm:30-540664>
- Consulta pública sobre el proyecto de Real Decreto de teletrabajo en la Administración General del Estado. [https://mpt.gob.es/portal/ministerio/participacion\\_proyectos/consulta\\_previa/proyectos/2021/2021-03-31.html](https://mpt.gob.es/portal/ministerio/participacion_proyectos/consulta_previa/proyectos/2021/2021-03-31.html)

## LIMITACIONES A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES: Especial referencia al concepto de función pública

LIMITATIONS ON THE FREE MOVEMENT OF WORKERS:  
Special reference to the concept of public function

**Susana E. Castillo Ramos-Bossini**

*Profesora de Derecho Administrativo*

*Universidad de Granada*

[susanacrbossini@ugr.es](mailto:susanacrbossini@ugr.es) ORCID [0000-0002-2993-8065](https://orcid.org/0000-0002-2993-8065)

Recepción de trabajo: 11-01-2023 - Aceptación: 15-03-2023 - Publicado: 22-03-2023

Páginas: 285-316

- 1. INTRODUCCIÓN: EL PORQUÉ DE LA INCURSIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO EN LA DEFINICIÓN DE UN CONCEPTO DE FUNCIÓN PÚBLICA. ■ 2. LA NECESARIA REDEFINICIÓN DEL CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA PARA HACER EFECTIVA LA LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS TRABAJADORES. ■ 3. LA EXCEPCIÓN “EMPLEOS PÚBLICOS” A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES. 3.1 La posición de las instituciones de la UE. 3.2. La posición del Tribunal de Justicia 3.2.1 Actividades específicas de la Administración Pública. 3.2.2. La noción de prerrogativas del poder público y el ejercicio de potestades públicas. 3.2.3. Las actividades han de ser realizadas en salvaguarda del interés general. 3.2.4. Las actividades realizadas constituyen el núcleo del puesto de trabajo analizado y no se trata de un ejercicio meramente ocasional: ¿colisión con el artículo 51 TFUE? 3.2.5. Discriminaciones indirectas: la lengua y otros requisitos de impedimento en el acceso al empleo público o al desempeño de cargos públicos de nacionales de otros estados miembros. ■ 4. LOS EMPLEOS PRIVADOS QUE EJERCEN FUNCIONES PÚBLICAS. ■ 5. CONCLUSIONES. ■ 6. BIBLIOGRAFÍA CITADA

## RESUMEN

Tras el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea se reconoció en su artículo 39 la libre circulación de trabajadores con prohibición de discriminación por razón de nacionalidad de otro Estado miembro, salvo en el caso de las Administraciones públicas. El presente artículo analiza cómo la jurisprudencia europea ha ido conformando una definición de Administración pública y empleo público para salvar ese obstáculo o límite a la libre circulación de trabajadores en determinados supuestos.

**PALABRAS CLAVE:** libre circulación, trabajadores, administración pública, empleo público.

## ABSTRACT

After the Treaty establishing the European Community, article 39 recognized the free movement of workers with the prohibition of discrimination based on the nationality of another Member State, except in the case of public administrations. This article analyzes how European jurisprudence has followed a definition of public administration and public employment to overcome this obstacle or limit to the free movement of workers in certain cases.

**KEYWORDS:** free movement, workers, public administration, public employment.

## 1. INTRODUCCIÓN: EL PORQUÉ DE LA INCURSIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO EN LA DEFINICIÓN DE UN CONCEPTO DE FUNCIÓN PÚBLICA

La realización del mercado interior, y consiguientemente la plena materialización de las libertades comunitarias<sup>1</sup>, fue determinante para que el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (artículo 39 y, con anterioridad, el artículo 48) proscribiera toda discriminación por razón de nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros y garantizase la libre circulación de los trabajadores y la igualdad de trato en el acceso al empleo y con respecto a la retribución y demás condiciones de trabajo. Bien es cierto que no en todos los sectores. Y es que, en efecto, el apartado 4º del artículo 39 establece una exclusión a esa prohibición de discriminación cuando se trate de los empleos en las Administraciones públicas, que constituye como puede imaginarse una excepción en toda regla a dicho principio<sup>2</sup>. Con ello se hizo necesaria la interpretación uniforme en todos los Estados de esta excepción, y consecuentemente, del alcance de la misma con el propósito de hacer plenamente efectiva la libre circulación de trabajadores. Esto se tradujo, ya en forma temprana, a la normativa comunitaria y a la jurisprudencia europea a incursionar los conceptos de “Administración pública” y “empleos públicos”.

---

1 La libre circulación como atributo de la ciudadanía de la Unión es preciso deslindarla ahora de otras realidades muy próximas entre sí, hasta el punto de que frecuentemente son confundidas unas con otras, como son el derecho a la libre circulación «de los trabajadores» que es la que aquí nos interesa, el derecho al libre establecimiento y el derecho a la libre prestación de servicios (sobre esta distinción, podemos ver la STJCEE de 9 de marzo de 2000). De esta forma, el derecho a circular y residir como atributo de la ciudadanía se regula en la Segunda Parte del Tratado de Funcionamiento de la Unión (arts. 18 a 25 del Tratado), mientras que el derecho de libre circulación de los trabajadores, el de libre establecimiento y el de libre prestación de servicios se recogen dentro de las «Políticas» de la Unión, en el Título IV de la Parte III (arts. 45 y ss.).

2 Monereo Pérez, J.L., “La libre circulación de trabajadores en las Administraciones Públicas de los países comunitarios. A propósito del Proyecto de Ley sobre el acceso a determinados sectores de la Función pública de los nacionales de los demás Estados miembros de la Comunidad Económica Europea”, *Relaciones laborales*, Sección Doctrina, Editorial La Ley, tomo 1, 1994, ha reflexionado sobre su significación estableciendo distintas conclusiones:

En la perspectiva jurídico-política la excepción contenida en el art. 48.4 TCEE constituye una reserva de soberanía estatal, en la medida en que esta excepción participa de una serie de características típicas de esta clase de excepciones:

- Supone, en primer lugar, una regla de excepción a las disposiciones generales del Tratado.
- En segundo lugar, a diferencia de otras disposiciones de excepción recogidas en el texto del Tratado, tiene una cierta vocación de permanencia.
- En tercer lugar, su invocación por parte de los Estados miembros no está sometida a autorización previa ni a comunicación inmediata a las instituciones comunitarias, aunque después es posible el control jurisdiccional. Presenta, eso sí, la «especialidad» de que el alcance específico de la reserva no queda atribuido a los Estados nacionales.
- En fin, la excepción no está fundada en razones económicas, sino por motivaciones relacionadas con la soberanía mantenida por los Estados miembros de la Comunidad Europea.

De esta forma, aunque el régimen jurídico del empleo público constituye, en principio y en el ámbito europeo, una materia que es competencia exclusiva de los Estados miembros<sup>3</sup>, el sistema normativo y la doctrina del Tribunal de Justicia, en aras a hacer efectiva la libertad de circulación de los trabajadores, el sistema normativo y la doctrina del Tribunal de Justicia, han venido estableciendo distintas consideraciones para que dicha noción no dejase totalmente vacía de contenido la citada libertad en cualquier ocupación o actividad que se desarrollase en el seno de una Administración.

Y es que, con carácter general y en un primer momento los Estados, a la hora de abordar la definición de qué hubiera de considerarse un empleo público, lo habían realizado tradicionalmente desde una visión institucional del empleo público. Pero, precisamente y en base a dichas consideraciones, diferente ha sido la visión comunitaria de lo que haya de entenderse por empleo público a la vista de las exigencias que la realización efectiva del conjunto de las libertades definidas en el espacio europeo ha comportado. Así lo ha remarcado, de forma reiterada, la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia para quien la noción de función pública se habría de determinar, desde un punto de vista funcional, atendiendo “a la naturaleza de las funciones y las responsabilidades que comporta” (STJCE de 3 de julio de 1986, A. 66/85. Asunto Lawrie-Blum).

En este sentido, el ordenamiento europeo ha venido a otorgar carta de naturaleza, como pudiera de relieve Monereo Pérez, a la integración económica comunitaria en la dirección originaria de construir una «dimensión social» de esta libertad<sup>4</sup>. El mismo planteamiento fue recogido por el actual Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (tras el Tratado de Lisboa, por el que se modificaron el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea) en su

3 Como ha puesto de relieve Noguera López, A., “La jurisprudencia del TJCE en materia de acceso a empleos en la administración pública de ciudadanos comunitarios”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 39, 1994, la cuestión del acceso de extranjeros a los empleos públicos ha sido siempre observada, desde el Derecho internacional como una cuestión interna de los Estados. “La exclusión de los no nacionales del empleo público parece ser una consecuencia aceptable, sino necesaria, del principio de nacionalidad que sirve de soporte a las relaciones internacionales. Permitir el acceso de extranjeros al empleo público, al aparato del Estado, pondría, quizás, en cuestión la noción misma de Estado independiente”. De hecho, sigue diciendo la autora, textos de Derecho Internacional como la Convención europea de establecimiento de 1955, la Declaración Universal de Derechos Humanos o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos contemplan la posibilidad de los Estados a limitar el acceso a la Administración Pública a los ciudadanos extranjeros.

La Sentencia TJCE de 7 de julio de 1988, Stanton (143/87, Rec. p. 3877) estableció, no obstante, al respecto que:

«El conjunto de las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de personas tienen por objeto facilitar a los nacionales comunitarios el ejercicio de actividades profesionales de cualquier índole en todo el territorio de la Comunidad y se oponen a toda normativa nacional que pueda perjudicar a dichos nacionales cuando quieran ampliar sus actividades fuera del territorio de un determinado Estado miembro». Y sigue diciendo que «el respeto de dicha norma se imponía, por lo tanto, a los Estados miembros, aun cuando, a falta de una normativa comunitaria [...], aquéllos seguían siendo competentes para legislar en la materia.»

4 Monereo Pérez, J.L., “La libre circulación de trabajadores en las Administraciones Públicas de los países comunitarios. A propósito del Proyecto de Ley sobre el acceso a determinados sectores de la Función pública de los nacionales de los demás Estados miembros de la Comunidad Económica Europea”, *Relaciones laborales*, Sección Doctrina, Editorial La Ley, tomo 1, 1994, pág. 439.

actual artículo 45<sup>5</sup> incorporando, pues, una libertad fundamental del trabajador susceptible de traducirse en derechos subjetivos y las correlativas normas de tutela de sus intereses<sup>6</sup>. De esta forma, el Tratado de la Unión Europea enmarca la libre circulación de personas en la noción de «ciudadanía de la Unión» y es que tras las importantes reformas de los tratados de la Unión Europea y de Funcionamiento de la Unión Europea por el Tratado de Lisboa, la ciudadanía de la Unión ha adquirido una entidad de la que hasta entonces había carecido. Y como emanación de esa misma ciudadanía aparecen, con un brillo no menor, una serie de derechos de los «ciudadanos», entre los cuales se contiene el de libre circulación con una enorme relevancia. Y es que, una de las consecuencias más relevantes de la evolución de la noción de libre circulación de trabajadores en el ámbito europeo, se ha plasmado en la posibilidad de acceso de los ciudadanos europeos al empleo público de otros Estados miembros de la Comunidad Europea<sup>7</sup>. Y esta consecuencia ha exigido un esfuerzo para delimitar qué es la Administración pública a estos efectos y, derivado de lo anterior, qué hay que entenderse por empleo público a fin de que no quede al libre arbitrio de los Estados decidir cuándo un empleo es susceptible o no de ser ocupado por un trabajador comunitario.

El hecho, como ha destacado Fuentetaja Pastor<sup>8</sup>, de que los empleados públicos sean igualmente considerados «trabajadores» supone, en la práctica, la aplicación de una suerte de régimen jurídi-

---

5 Establece dicho artículo, referido a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad que:

1. Quedará asegurada la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad.

2. La libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo.

3. Sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas, la libre circulación de los trabajadores implicará el derecho:

a) de responder a ofertas efectivas de trabajo;

b) de desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros;

c) de residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables al empleo de los trabajadores nacionales;

d) de permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, en las condiciones previstas en los reglamentos de aplicación establecidos por la Comisión.

4. Las disposiciones del presente artículo no serán aplicables a los empleos en la administración pública.

6 Puede verse, a este respecto, el trabajo de Monereo Pérez, J.L. y Ortega Lozano, P.G., "La libre circulación de trabajadores nacionales de los Estados miembros: discriminación por razón de nacionalidad e igualdad de condiciones laborales", *La Ley Unión Europea*, núm. 51, 29 de septiembre de 2017.

7 La evolución de la libre circulación ha encontrado una etapa final en su evolución mediante su incorporación al artículo 15.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que establece que «todo ciudadano de la Unión tiene libertad para buscar un empleo, trabajar, establecerse o prestar servicios en cualquier Estado miembro». Sin embargo, aun tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa que viene a reconocer a la Carta el valor de derecho originario, la construcción jurisprudencial del TJUE por relación al alcance de la libre circulación sigue teniendo un incontestable valor hermenéutico puesto que la interpretación del artículo 15.2 de este instrumento normativo vendrá totalmente condicionada -en aplicación de lo previsto en el art. 52.2 de la Carta, que señala que los derechos reconocidos en este instrumento que son mencionados en otras partes del Derecho originario habrán de ejercerse en las condiciones y dentro de los límites definidos por éste- por la consolidada jurisprudencia del Tribunal en esta materia de la que ahora daremos cuenta en la materia que nos afecta.

8 Fuentetaja Pastor, J.A., "La libre circulación de empleados públicos", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 5, 2003, pág. 37.

co universal aplicable a los trabajadores con independencia, por un lado, de la naturaleza del vínculo (estatutario, contractual, laboral, etc.) que les une a su empleador y, por otro, del carácter de éste (público o privado)<sup>9</sup> lo que obligó, de forma necesaria, a precisar qué empleos públicos eran objeto de dicha excepción. En este sentido, es preciso advertir que el artículo 45 TFUE, como sus correlativos precedentes, contemplan dos tipos de excepciones esenciales a esta libertad fundamental de circulación de los trabajadores; y, por otra, los empleos en la Administración Pública que es concretamente a la que se dedicará este estudio<sup>10</sup>.

## 2. LA NECESARIA REDEFINICIÓN DEL CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA PARA HACER EFECTIVA LA LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS TRABAJADORES

No fue el Derecho comunitario de los primeros años, ni originario ni derivado, dado el principio de autonomía institucional del que gozan los Estados miembros como puso de manifiesto Calonge Velázquez con cita de la mejor doctrina, el que urdió un concepto de Administración pública a los efectos de aplicación del Derecho Europeo<sup>11</sup>.

---

9 La sentencia de 12 de febrero de 1974, Sotgiu, 152/73, EU:C:1974:13 Rec. 1974, p. 153), subrayó que la naturaleza del vínculo jurídico que liga al trabajador y a la empresa no es determinante para la aplicación del artículo 48 del Tratado y, en este sentido, afirmó que «Las normas sobre igualdad de trato no sólo prohíben las discriminaciones manifiestas basadas en la nacionalidad, sino también cualquier forma de discriminación encubierta que, aplicando otros criterios de diferenciación, conduzca de hecho al mismo resultado».

En la misma sentencia se explicita que: «[...] como el precepto citado no establece distinción alguna, carece de interés determinar si un trabajador presta sus servicios como obrero, empleado o funcionario, o incluso si su relación laboral está regulada por el Derecho público o privado; [...] en efecto, tales calificaciones jurídicas varían según las legislaciones nacionales y, por consiguiente, no pueden aportar un criterio de interpretación adecuado a las exigencias del Derecho comunitario».

10 El Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas, subrayando el carácter fundamental del artículo 48 en el sistema del Tratado CEE –actual artículo 45 TFUE– y reconociendo su aplicabilidad directa, recuerda la necesidad de una interpretación restrictiva de esta excepción. En distintas sentencias (Sentencias del asunto 149/79 (Comisión c/Bélgica); Sentencia de 17 de diciembre de 1980, Repertorio TJCE 1980, p. 3881; Sentencia de 26 de mayo de 1982, Repertorio TJCE 1982, p. 1845.) señaló concretamente que los empleos a los que se refiere la disposición son aquellos que están relacionados con actividades específicas de la administración pública, es decir, en los casos en los que esta última aparece investida del ejercicio del poder público y de la responsabilidad de salvaguardar los intereses generales del Estado, intereses a los que deben quedar asimilados los de colectividades públicas tales como las administraciones municipales.

11 Calonge Velázquez, A., "El concepto de administración pública en la Unión Europea: administración pública nacional y administración pública comunitaria", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 19, 2010, pág. 14. Y razona más adelante que el Tribunal ofrece así un concepto de Administración pública en sentido propio y funcional, ya que, por un lado, trata de interpretar el término de Administración pública de los Estados miembros para el Derecho comunitario y, de otro, a la hora de determinar esos empleos de la Administración pública en los que no rige el derecho a la libre circulación se refiere a aquellos que comporten una participación directa o indirecta en el ejercicio de poder público y que tengan por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado o de las otras entidades públicas.

Bien es cierto que, a estos efectos, y en cualquier caso, para entender el concepto europeo de Administración pública se ha de partir de dos premisas: la primera premisa consiste en que el Derecho europeo no parte de que las Administraciones públicas o los sujetos públicos sean o deban ser una categoría unitaria; la segunda premisa se refiere a que el Derecho europeo no conoce un único concepto, sino que, sector por sector (o libertades comunitarias), tiene una específica noción de Administración pública a fin de alcanzar los fines que se persiguen en cada ámbito<sup>12</sup>.

De esta forma, se pueden detectar en varios sectores dicha diversificación del concepto atendiendo a la finalidad de la legislación comunitaria y a la efectiva realización de las libertades protegidas por ésta (contratación pública, empleo público, ayudas de Estado, etc.)<sup>13</sup>. Así, el Derecho europeo que ha versado sobre la materia se ha centrado en unos supuestos en la noción de potestad pública y de responsabilidad en la satisfacción del interés general, mientras que en otros ha preferido centrarse en las características de la actividad desarrollada por los sujetos en cuestión, esto es, ha presentado una noción funcional teniendo presente que su principal finalidad era lograr el efecto útil de las normas dictadas para lograr los objetivos que se pretendían con las mismas.

---

<sup>12</sup> Como detalla acertadamente Arroyo Jiménez, L., "El Derecho Administrativo Europeo como sistema", *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, Vol. 1, 2020, págs. 175-206, dicho hecho ha influido, asimismo, en la evolución del Derecho administrativo de la Unión. Explica, de esta forma, el autor referido que: "En primer lugar, la administración de las políticas de la Unión Europea tiene lugar a través de una pluralidad de actores, entre los que se cuentan las instituciones, órganos, organismos y agencias de la Unión, las autoridades de los Estados miembros, e incluso otras organizaciones internacionales y autoridades de terceros Estados. El Derecho administrativo de la Unión se abre así, por tanto, a los Derechos internos y aún al Derecho administrativo global. En segundo lugar, la administración europea es una administración compuesta porque incorpora elementos propios de una administración centralizada, descentralizada y transnacional. Aunque no toda ella, buena parte de la actividad de la administración europea se desarrolla a través de procedimientos de cooperación y de redes administrativas que presentan grados variables –en ocasiones muy elevados– de integración. Algunas de estas estructuras para el ejercicio cooperativo o incluso conjunto de competencias administrativas se concretan en la creación de nuevos sujetos –integración subjetiva–, mientras que en otros casos la integración se produce mediante el diseño de procedimientos de toma de decisiones –integración procedimental–. Con frecuencia las dos estrategias se desarrollan simultáneamente. En tercer lugar, en esas estructuras para la administración integrada europea, las relaciones de supraordenación entre gobierno y administración adquieren una relevancia menor que la que han tenido en las administraciones de los Estados europeos, caracterizadas históricamente por los principios de unidad y jerarquía. La mayor autonomía de las estructuras de la administración integrada europea con respecto a las instituciones de la Unión y los Estados miembros plantea importantes dificultades desde el punto de vista de sus fundamentos constitucionales. En cuarto lugar, la administración europea es particularmente inestable, por estar sujeta a un proceso de permanente transformación y por no haber quedado estabilizada normativamente, siquiera en sus aspectos esenciales, en el Derecho originario. En quinto lugar, la regulación de la administración europea de las diversas políticas sectoriales se caracteriza por un marcado pluralismo sectorial. De un lado, son pocas las reglas de aplicación transversal u horizontal a la administración europea. De otro lado, ni la doctrina académica ni la jurisprudencial han contribuido a ordenar de manera significativa esa realidad tan diversa".

<sup>13</sup> En concreto, y en la materia objeto de este trabajo, el principio de libre circulación de personas, que se proyecta en el ámbito laboral y profesional como prohibición de discriminación por razón de nacionalidad, ha determinado un acercamiento del concepto de lo que sea empleo público a efectos de hacerlo efectivo en el ámbito de la Administración Pública de cada país. De esta forma, el empleo público está abierto a los ciudadanos comunitarios salvo en dos supuestos: en primer lugar, que se excepte por razones de orden público, seguridad y salud pública; en segundo término, cuando el puesto a cubrir participe, directa o indirectamente, en el ejercicio de una potestad pública y en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado.

La explicación a dicha diversificación del concepto responde a diversas razones: a) la estructura de la Unión Europea no responde a los criterios tradicionales de la división de poderes<sup>14</sup>; b) el principio de autonomía institucional de los Estados miembros; c) la prevalencia de un concepto funcional no unitario de Administración pública a fin de hacer efectivas las libertades comunitarias.

Ciertamente, el Tribunal de Justicia se ha pronunciado sobre el concepto de «Administración pública» en diversos asuntos, tanto en procedimientos prejudiciales como en procedimientos por incumplimiento, sin embargo, varias sentencias del Tribunal de Justicia, en particular, las más antiguas, son más bien sucintas y no arrojan mucha luz sobre cuestiones que, en mi opinión, son determinantes para valorar si un determinado cargo en la Administración Pública de un Estado miembro está comprendido en el ámbito de aplicación o no del artículo 45 TFUE, apartado 4 como más adelante tendré la ocasión de exponer.

En relación, en concreto y a los efectos que aquí interesan, a la libre circulación de trabajadores las primeras declaraciones de los órganos comunitarios a este respecto puede decirse que se conducen con una cierta imprecisión como muestra la Resolución del Parlamento Europeo de 17 de enero de 1972 que abordaría los conceptos de administración y autoridad pública y en la que, como ha puesto de manifiesto Millán Moro, se plasma una cierta mezcolanza de la concepción institucional y funcional de estos conceptos que no resultaba útil a los efectos pretendidos<sup>15</sup>.

Y es que, en realidad, fue la jurisprudencia comunitaria, en una labor pretoriana digna de todo elogio, la que ha ido tejiendo, fallo tras fallo y en un primer momento a propósito de la libre circulación de trabajadores, un concepto de Administración pública de tipo funcional, y no institucional,

---

14 Entre otros supuestos se expresa ese abandono de los criterios clásicos para diferenciar las actividades derivadas de la división de poderes donde el Derecho europeo utiliza criterios de actividad. Así, y a título de ejemplo, para diferenciar si un organismo en cuestión ejerce funciones de carácter administrativo o jurisdiccionales la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 3 de mayo de 2022 (Asunto C-453/2020) utiliza el hecho de que pueda iniciar procedimientos de oficio (véase, en este sentido, la sentencia de 31 de enero de 2013, *Belov*, C394/11, EU:C:2013:48, apartado 47, y el auto de 14 de noviembre de 2013, MF 7, C49/13, EU:C:2013:767, apartado 18) así como el hecho de que imponga, también de oficio, sanciones en las materias de su competencia (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de septiembre de 2020, *Anesco y otros*, C462/19, EU:C:2020:715, apartado 44).

15 Millán Moro, L., "Algunas limitaciones a la libre circulación de personas en el Tratado CEE", *Gaceta Jurídica de la CE*, D-9, 1988, págs. 135 a 188. En opinión de Fernández Lozano, E., "El acceso a las funciones públicas nacionales por los ciudadanos de la Unión Europea", *Autonomías*, núm. 25, 1999, pág. 393, «Nos encontramos, pues, con un pronunciamiento ambiguo, que empieza por admitir que los estados pueden determinar por sí mismos cuáles son los empleos que entran dentro de la excepción del art. 39.4 TCE, independientemente del contenido de las actividades realizadas en el marco de este puesto, pero después dice que esta determinación debería tener en cuenta sólo los puestos de trabajo que impliquen ejercicio de autoridad. Parece que el Parlamento no tenía, en el momento de la adopción de la Resolución que comentamos, una posición demasiado clara sobre el alcance del art. 39.4 TCE: por un parte, no ve la posibilidad de imponer una obligación jurídica a los estados, obligándolos a abrir sus funciones públicas a los no nacionales, pero, por otra, pide su colaboración para que limiten la excepción a los empleos que impliquen ejercicio de autoridad. Deja, pues, en manos de los estados la determinación del alcance de la previsión del Tratado, aunque parte de una interpretación literal de ésta que lo lleva a una concepción institucional u orgánica».

dirigido, en el caso que nos ocupa, a imposibilitar la discriminación por razón de nacionalidad en materia de acceso al empleo público<sup>16</sup>.

En efecto, como ya se ha aludido, la cuestión suscitada se tradujo en un debate entre una concepción institucional de qué había de entenderse por Administración pública que se plasmaría en considerar como tal el aparato del Estado, los entes territoriales y los diferentes organismos de Derecho público definidos como tales en el Derecho interno<sup>17</sup>, y una noción funcional de ésta, independiente de la definición realizada por cada Estado miembro, y según la cual habría de entenderse por tal las entidades y organismos en que concurrieran distintas características en atención a las finalidades perseguidas por el Derecho comunitario lo que permitía aprehender una noción común a todos los Estados integrantes de las Comunidades Europeas<sup>18</sup>. Un caso que puede poner de relieve lo que se está manifestando en los párrafos anteriores se produjo con la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 19 de diciembre de 2013 (asunto C-279/12 *Fish Legal y Shirley*). Y es que, en la misma y a los efectos de determinar el alcance del acceso a información ambiental, el Tribunal se enfrentó a delimitar qué ha de entenderse por autoridad pública y, no dudó en afirmar que el concepto de autoridad pública incluye las entidades de Derecho público o privado, que están encargadas de prestar

16 Cabe destacar como resoluciones relevantes en la materia y que han sido determinantes para la construcción de los principios aplicados habitualmente por el Tribunal los siguientes; *Sotgiu c. Deutsche Bundespost* (STJCE de 12 de febrero de 1974, asunto 152/73, Rec. 1974, EU:C:1974:13pág. 153 y ss.); Comisión c. Bélgica (STJCE de 17 de diciembre de 1980, asunto 149/79, Rec. 1980, pág. 3881 y ss.) y Comisión c. Bélgica (STJCE de 26 de mayo de 1982, asunto 149/79, Rec. 1982, pág. 1845 y ss.), sobre el mismo asunto; Comisión c. Francia (STJCE de 3 de junio de 1986, asunto 307/84, Rec. 1986, pág. 1725 y ss.); *Lawrie-Blum c. Land Baden-Württemberg* (STJCE de 3 de julio de 1986, asunto 66/85, Rec. 1986, pág. 2121 y ss.); Comisión c. Italia (STJCE de 16 de junio de 1987, asunto 225/85, Rec. 1987, pág. 2625 y ss.); *Pilar Allué y Carmel Mary Coonan c. Università degli Studi di Venezia* (STJCE de 30 de mayo de 1989, asunto 33/88, Rec. 1989, pág. 1591 y ss.); *Annegret Bleis c. Ministère de l'Education nationale* (STJCE de 27 de noviembre de 1991, asunto C-4/91, Rec. 1991, pág. 5627 y ss.); *Maria Chiara Spotti c. Freistaad Bayern* (STJCE de 20 de octubre de 1993, asunto C-272/92, Rec. 1993, pág. 5185 y ss.); *Allué e. a. c. Università degli Studi di Venezia y Università degli Studi di Parma* (STJCE de 2 de agosto de 1993, asuntos C-259/91, C-331/91 y 332/91, Rec. 1993, pág. 4309 y ss.); *Ingetraut Scholz c. Opera Universitaria di Cagliari y Cinzia Porcedda* (STJCE de 23 de febrero de 1994, asunto C-419/92, Rec. 1994, pág. 505 y ss.); y sentencias de 2 de julio de 1996, Comisión c. Grecia, Comisión c. Luxemburgo y Comisión c. Bélgica (asuntos C-290/94, C-473/93 y C-173/94, respectivamente, Rec. 1996, pág. 3207 y ss.), sentencia de 30 de septiembre de 2003, Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española (C405/01, Rec. p. 110391, etc.

17 Handoll, J.: "Article 48(4) EEC and No-National Access to Public Employment", *European, Law Review*, núm.13, 1988, pág. 228, explica esa visión institucional. «Son, por tanto, empleos en la Administración Pública todos los empleos que dependen de esta institución». Y de esa forma llega a la conclusión de que «la institución, junto con su personal, es un todo indivisible. Uno no puede plantearse, a efectos del acceso de no nacionales en condiciones de igualdad con los nacionales, si un determinado puesto dentro de la institución es o no central para los intereses del Estado: la cuestión es si la institución lo es».

18 Es por eso que ya en la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de febrero de 1974, en el asunto *Sotgiu*, el Abogado General mantuvo una definición funcional y no institucional de la noción de Administración Pública del art. 48.4. Así, afirmaba que: "todo Estado tiene ciertamente el poder de delimitar el campo de acción de su Administración. En ella hace prevalecer su propia concepción de la intervención del poder público en la vida de la nación. Pero, como miembro de la Comunidad, no puede depender de él la reducción, a causa de esto, del alcance real de la libre circulación de trabajadores". Y razona que, si así no fuese, no podría determinarse lo que era la Administración Pública a la que hacía alusión el artículo 48.4 por lo que era preciso acudir a «criterios materiales derivados de las atribuciones que implica el puesto de trabajo ocupado en la Administración y de las actividades realmente ejercidas por el titular del empleo».

servicios de interés público<sup>19</sup>, y que a esos efectos disponen de potestades exorbitantes respecto a las reglas aplicables en las relaciones entre personas de Derecho privado. Pero el Tribunal precisa también que, cuando nos encontramos ante personas físicas o jurídicas que asumen responsabilidades o funciones públicas o presten servicios públicos relacionados con el medio ambiente “bajo el control” de unas entidades que ejercen funciones administrativas públicas, nos hallamos en una tercera categoría residual de autoridad pública en la que se integra toda entidad que no determina con autonomía real la forma de ejercer las funciones que se le han atribuido en el ámbito del medio ambiente, puesto que una autoridad pública puede influir de forma decisiva en la acción de dicha entidad en el referido ámbito, pero que también estará obligada a comunicar la información medioambiental que obre en su poder en el contexto de la prestación de esos servicios públicos.

De esta forma, y a propósito de la excepción objeto de estudio, ya los primeros pronunciamientos europeos pusieron de relieve que era precisa una interpretación estricta para que la excepción “no tenga un alcance que sobrepase la finalidad en aras de la cual se incluyó” (Sentencia de 12 de febrero de 1974, Asunto 152/73 Sotgiú). Como expuso el Tribunal en el asunto 149/79 (Comisión/Bélgica) si bien es cierto que esta disposición tiene en cuenta el interés legítimo de los Estados en reservar a sus propios nacionales un conjunto de empleos relacionados con el ejercicio del poder público y la salvaguardia de los intereses generales, hay que evitar al mismo tiempo que la eficacia y el alcance de las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de los trabajadores y a la igualdad de trato de los nacionales de todos los Estados miembros se vean limitados por interpretaciones diferentes, inclusive contradictorias entre sí, del concepto de Administración pública derivadas exclusivamente del Derecho nacional que impedirían la aplicación de las normas comunitarias.

De más está decir, ya que puede intuirse tras lo hasta aquí expuesto, que esta última acabó imponiéndose en la jurisprudencia comunitaria bien es cierto que, también en los primeros momentos, se defendió una concepción sumamente estricta de la noción equiparando la Administración pública exclusivamente a aquellas personificaciones jurídicas con capacidad de imponer obligación a terceros<sup>20</sup>.

En cualquier caso, y a partir de este momento, el concepto de «Administración Pública» a efectos de la libre circulación de trabajadores dejaría de estar definido por los Derechos nacionales de los Es-

---

19 El concepto de autoridad pública (*puissance publique*) ha sido utilizado por la doctrina francesa y, en concreto por el Prof. Denizeau-Lahaye para caracterizar la intervención del Derecho Administrativo Europeo. Y es que, como indica el citado autor, la idea de autoridad, aunque no está formulada de forma expresa en el Derecho primario, y pese haber sido empleada por el Tribunal de una forma inespecífica, lo cierto es que está sin duda presente en el derecho administrativo europeo pues, se quiera o no, es la condición de su eficacia (pág. 82). Denizeau-Lahaye, VV.AA. (Amilhat, M. Dir.), *Les concepts fondateurs et les principes directeurs du droit administratif européen*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2021.

20 El Tribunal, a título de ejemplo, acogió la definición que dio el Abogado General en sus conclusiones en el asunto Reyners, según la cual el poder público es «la encarnación de la soberanía del Estado y como tales confieren a quienes los ostentan la facultad de ejercitar prerrogativas que sobrepasan el ámbito del Derecho común, privilegios y poderes coercitivos que obligan a los ciudadanos». Más adelante, en el asunto Comisión c. República de Portugal C-52-08, el Abogado General afirmará que «poder público» es ante todo «poder», esto es, capacidad de imposición de una conducta conforme a una voluntad irresistible.

tados miembros<sup>21</sup> o, por decirlo con mayor rigor, serían los Derechos nacionales quienes delimitarían dicho concepto, pero, eso sí, atendiendo a los criterios emanados del Tribunal de Justicia<sup>22</sup>.

Con posterioridad, ciertamente, tanto por el surgimiento de una incipiente Administración europea<sup>23</sup>, como por la necesaria modulación del principio de autonomía institucional a fin de garantizar una aplicación efectiva y uniforme del Derecho europeo, es que esa noción funcional de Adminis-

21 Explica Fuentetaja Pastor, J.A., "La libre circulación...op. cit., pág. 39. Y ello porque, si fuera un concepto de Derecho nacional, la libre circulación de los trabajadores quedaría excluida de todos los empleos de la Administración Pública en el sentido que dieran a esta última expresión las disposiciones del Ordenamiento jurídico interno. Se reconocería así a cada Estado el derecho, a través de una definición extensiva de la excepción, a restringir el ámbito de aplicación de los principios fundamentales de libre circulación y de igualdad de trato de los trabajadores, formulados en el artículo 48 del Tratado. Estos principios fundamentales se ejercerían en condiciones muy distintas de un Estado miembro a otro, e incluso, dentro de un mismo Estado, de una época a otra, en función de la concepción que tuvieran los poderes públicos del alcance de sus intervenciones. La calificación jurídica de la relación de empleo recobraría una importancia particular.

22 Siendo necesario, a esos efectos, dictar las disposiciones normativas procedentes en cada Estado ya que, como recuerda el Tribunal (sentencia de 24 de marzo de 1988, Comisión/Italia (104/86, Rec. p. 1799), «[...] la primacía y el efecto directo de las disposiciones del Derecho comunitario no dispensan a los Estados miembros de la obligación de eliminar de su ordenamiento jurídico interno las disposiciones incompatibles con el Derecho comunitario; en efecto, su mantenimiento origina una situación de hecho ambigua, que coloca a los sujetos de derecho afectados en una situación de incertidumbre respecto a sus posibilidades de recurrir al Derecho comunitario.» Aunque objeto de estudio exhaustivo en otro capítulo del presente volumen es indicativo recordar como, en el caso español, el Informe sobre la aplicación del derecho comunitario en 1998, daba la noticia de la existencia de un procedimiento de infracción instruido por la Comisión Europea contra el Estado español por incumplimiento de las obligaciones derivadas del artículo 39.4 TCE, ya que, a juicio de la institución europea, el Estado español no había adoptado las medidas necesarias para asegurar la igualdad de condiciones de los ciudadanos europeos en el acceso al empleo público español. En el marco de este procedimiento, la Comisión envió un dictamen motivado a las autoridades españolas (en noviembre de 1998), a la vista de las diferentes denuncias recibidas en relación con las prácticas administrativas de exclusión de ciudadanos comunitarios de los procesos selectivos ante las administraciones públicas españolas. Como consecuencia de este procedimiento la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 1999) modificó la Ley 17/1993, de 23 de diciembre, de acceso a determinados sectores de la función pública de los nacionales de los demás estados miembros de la Unión Europea, eliminando el acceso restringido a los sectores investigador, docente, sanitario asistencial y de correos, y «a los demás sectores a los cuales, según el derecho comunitario, sea de aplicación la libre circulación de trabajadores», y estableciendo, tal y como se propone en el texto de nuestro trabajo, una cláusula general de acceso en igualdad de condiciones de los españoles a todos los empleos públicos, salvo que impliquen una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público y se trate de funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses del Estado y de las administraciones públicas (artículo 1). Las modificaciones que la Ley 55/1999 introdujo en la Ley 17/1993 suponían que tanto el Gobierno español y los órganos competentes de las Comunidades Autónomas como las restantes Administraciones públicas adoptaran medidas reglamentarias complementarias a efectos de determinar los cuerpos, escalas, plazas o empleos a los que podrían acceder los nacionales de los demás Estados miembros.

23 La realidad que hoy configura la Administración pública comunitaria se define, según ha explicado la mejor doctrina cómo "un conjunto interrelacionado de Administraciones nacionales y europeas que trabajan en común" o, dicho en otros términos –utilizados también por el mismo autor citado– como «una asociación o un conjunto interrelacionado que comprende los dos niveles, y ello en el plano del control, de la acción y de la información". Véase "Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del derecho administrativo", en AAVV (Barnés, J. coord.), Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos, *Innovación y reformas en el derecho administrativo*, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2006, pág. 114. Y es que, junto a la ejecución directa en la que actúa la Administración propia de la UE mediante la Comisión o una de sus numerosas agencias, o la ejecución indirecta, realizada por los aparatos administrativos de los estados miembros, adquiere cada vez mayor importancia la que se realiza entre la Administración europea y las Administraciones de los estados miembros. Como se ha resaltado en la doctrina: "A medida en que se expanden los mecanismos de interacción, se reducen los ámbitos en que la Administración comunitaria y las Administraciones nacionales ejecutan de forma autárquica y sin injerencia ajenas las normas comunitarias, emergiendo con fuerza una zona intermedia, de ejecución conjunta del Derecho comunitario. Es tal la pujanza de esta nueva forma de ejecución, que son muchas ya quienes creen, con razón, que la UE no sólo es una unión constitucional, sino que constituye también una unión administrativa (Europäischer Verwaltungsverbund)". Puede consultarse Mir Puigpelat, O., "La codificación del procedimiento administrativo en la unión administrativa europea", en AAVV (Velasco Caballero, F. y Scheider, J.P. coord.), *La Unión Administrativa Europea*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, págs. 63-64.

tración aparecida en distintos sectores de acción del Derecho comunitario ha sido determinante para que las administraciones nacionales vayan acercando su propia delimitación de lo que ha de entenderse por ésta a las variables suministradas por el ordenamiento y la jurisprudencia europea (baste citar, entre nosotros, la contratación o el empleo público).

En conclusión, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el concepto de «Administración pública» a los efectos del artículo 45 TFUE, apartado 4, debe interpretarse y aplicarse uniformemente en toda la Unión y no es posible por tanto dejarlo a la absoluta discreción de los Estados miembros (véanse, en particular, las sentencias *Sotgiu/Deutsche Bundespost*, EU:C:1974:13, apartado 5, y *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española*, C405/01, EU:C:2003:515, apartado 38). Esta disposición, por tanto, debe entenderse en un sentido funcional: lo fundamental es que la actividad implique típicamente el ejercicio de prerrogativas de poder público; además, al titular del empleo debe encomendársele la responsabilidad de velar por los intereses generales del Estado (véase la sentencia de 26 de mayo de 1982, *Comisión/Bélgica*, C-149/79 Rec.p.1845, apartado 12).

Pero es que, además, y ha de subrayarse, en concreto el concepto comunitario de Administración pública debe interpretarse de forma restrictiva por tratarse de una excepción a un principio fundamental de Derecho comunitario, y limitarse a lo estrictamente necesario para salvaguardar los intereses generales que el artículo 39 CE, apartado 4, permite proteger a los Estados miembros (véase, en particular, la sentencia de 16 de junio de 1987, *Comisión/ Italia*, 225/85, Rec. p. 2625, apartado 7).

De esta forma, no basta que el titular del empleo ejerza ocasionalmente prerrogativas de poder público: el ejercicio de estas prerrogativas debe constituir el núcleo de dicha actividad (véanse, en este sentido, las sentencias de 3 de julio de 1986, *Lawrie-Blum*, 66/85, Rec. p. 2121, apartados 26 a 28, y de 27 de noviembre de 1991, *Bleis*, C-4/91, Rec. p. 1-5627, apartado 7).

## 3. LA EXCEPCIÓN “EMPLEOS PÚBLICOS” A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES<sup>24</sup>

### 3.1. La posición de las Instituciones de la UE

Como se desprende de forma natural de lo hasta aquí expuesto la noción funcional estaría basada en las características de la función ejercida, más que en qué entidad o institución se ejercen estos empleos, con lo cual podemos adelantar una primera conclusión: aquellas funciones que se con-

<sup>24</sup> De imprescindible referencia en este punto es Monereo Pérez, J.L. y Vida Soria, J., *La condición de nacionalidad en el acceso del personal a los empleos públicos*, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1991.

sideran relevantes o inherentes al servicio público no podrían en principio ser desempeñadas por ciudadanos comunitarios<sup>25</sup>.

Es preciso poner de manifiesto que, sin embargo y como consecuencia de la adopción de una definición funcional del concepto de «Administración Pública», la delimitación de las funciones se ha realizado a través de dos vías: los sectores de actividad o los puestos de trabajo. La Comisión ha seguido ambas estrategias.

En un primer momento, y como quiera que la jurisprudencia emanada hasta esa época no tuvo la influencia suficiente como para que los Estados miembros adoptasen medidas normativas adecuadas con arreglo a la misma a fin de hacer posible el acceso a las funciones públicas nacionales de los ciudadanos de otros estados miembros, la Comisión emitió una Comunicación (88/C 72/02), en la que recogiendo la jurisprudencia del TJCE, emprendió una acción sistemática en materia de interpretación de la excepción recogida en el Tratado<sup>26</sup>.

En dicha Comunicación, la Comisión hace una enumeración de las actividades específicas de las funciones públicas nacionales que se excluyen de la libre circulación de trabajadores y sobre las que no se dirigirá su intervención. Se trata de funciones del Estado muy relacionadas con el ejercicio del poder público, a saber: fuerzas armadas, policía y otras fuerzas de orden público, magistratura, administración fiscal, diplomacia, puestos de trabajo en los ministerios del estado, de los gobiernos regionales, en las colectividades territoriales y en otros organismos públicos y bancos centrales, en la medida en que se trate de personal que realice actividades relacionadas con el ejercicio de un poder jurídico público, como la elaboración de actos jurídicos, la ejecución de estos actos, el control de su aplicación y la tutela de los organismos dependientes.

---

25 Será esencialmente en el asunto 149/79 Comisión contra Bélgica donde el Tribunal se decantará por una noción funcional. En este asunto la Comisión tuvo conocimiento de que la condición de nacionalidad había sido requerida para el acceso a empleos en el seno de Administraciones locales y establecimientos públicos belgas (Ciudad de Bruselas, Ayuntamiento de Auderghem, Ferrocarriles belgas...). Al parecer de la Comisión esta exigencia no estaba justificada por el tipo de funciones a desempeñar: fontaneros, puericultoras, electricistas, vigilantes nocturnos, arquitectos... las cuales no se distinguen en nada de los empleos similares ejercidos en el campo privado. El Tribunal de Justicia manifestó al respecto que son empleos en la Administración Pública, en el sentido del art. 48.4, los que "comportan una participación, directa o indirecta, en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado o de las otras colectividades públicas. Esos empleos suponen en efecto, por parte de sus titulares, la existencia de una relación particular de solidaridad de cara al Estado, así como la reciprocidad de derechos y deberes que son el fundamento del vínculo de nacionalidad".

26 Nótese, como ha observado Druésne, G., "La liberté de circulation des personnes dans la CEE et les "emplois dans l'administration publique" (sur un arrêt du 17 décembre 1980 de la Cour de justice des Communautés européennes)", *Revue trimestrielle de droit européen*, núm. 2, 1981, pág. 297, que sólo la elaboración de una norma de derecho comunitario - Directiva o Reglamento- haría viable una aplicación uniforme del contenido de la excepción. Sin embargo, hay que hacer notar que una Comunicación tan solo define la posición de la Comisión respecto al alcance de la excepción lo que, como puede imaginarse, tiene un alcance mucho más limitado. Bien es cierto que sirve tanto de base para interponer eventuales recursos de incumplimiento de los Estados, como del establecimiento de una referencia para los Estados a la hora de elaborar su normativa interna. Y, ciertamente, en ambas líneas tuvo su efecto: de un lado, interponiendo recursos de incumplimiento como los resueltos por sentencias de 2 de julio de 1996 (asuntos C-473/93, C-173/94 y C-290/94, cit.), condenando en la mayoría de los casos a los estados miembros por incumplimiento de sus obligaciones en virtud del art. 39 TCE; de otro, la Comunicación de la Comisión tuvo como efecto la adaptación de la mayor parte de las normas internas sobre acceso a las funciones públicas nacionales, de manera que prácticamente todos los estados miembros eliminaron el requisito de la nacionalidad para acceder a los empleos en la Administración pública en los sectores indicados por la Comisión.

Asimismo, dicha Comunicación se refiere a otros sectores que no se pueden incluir estrictamente como actividades específicas de los Estados ya que pueden ser prestadas por el sector privado, donde insta a los Estados miembros a permitir a los nacionales de otros Estados miembros acceder a estos puestos de trabajo. Se trata, en este supuesto, de los organismos responsables de la gestión de servicios comerciales, como transportes públicos, distribución de electricidad o gas, navegación aérea o marítima, correos y telecomunicaciones, así como en los organismos de radio teledifusión, en los servicios operativos de salud pública, en la enseñanza pública y en la investigación civil en establecimientos públicos. Sectores, todos ellos, en que la Comisión considera que la excepción del apartado 4 no es aplicable, salvo en casos muy excepcionales, a las tareas y responsabilidades características de los puestos de trabajo de dichos sectores<sup>27</sup>.

Es preciso resaltar, sin embargo, y como ha puesto de relieve Fuentetaja Pastor<sup>28</sup>, que en un segundo momento la Comisión pareció cambiar de perspectiva, poniendo el foco de atención más en los puestos de trabajo que en sectores específicos de actividad, y a este respecto señalará esta que «la libre circulación de trabajadores en la Administración Pública no depende de ningún sector específico; sólo está relacionada con el puesto. Por tanto, sólo se pueden distinguir dos categorías de puestos: por una parte, los que implican el ejercicio del poder público y la responsabilidad de pro-

27 El Tribunal en su sentencia de 2 de julio de 1996 (Comisión de las Comunidades Europeas contra República Helénica, asunto C-290/94). señaló la vulneración por parte de Grecia del principio de no discriminación por establecer una reserva destinada a la contratación de nacionales «en los sectores públicos de distribución de agua, gas y electricidad, en los servicios operativos de salud pública y en los sectores de la enseñanza pública, los transportes marítimos y aéreos, los ferrocarriles, los transportes públicos urbanos y regionales, la investigación civil y correos, telecomunicaciones y radiotelevisión, así como en la ópera de Atenas y en las orquestas municipales».

28 Fuentetaja Pastor, J.A., "La libre circulación...op. cit., pág. 41. Bien es cierto que dicha opinión del autor debe ser matizada. En realidad, lo que se propone es establecer con carácter general una determinación por sectores, como hace la Comisión en su comunicación de 1988, y, una vez realizada, analizar los puestos de trabajo excluidos ya que la otra alternativa confiere a esos poderes públicos nacionales el cometido de determinar en un primer momento el ámbito de una excepción, en virtud de su mera decisión de que un sector dependa del Estado o de una entidad pública. Así, en palabras del Abogado General Sr Léger (ASUNTO C-290/94):

-Si la actividad de un sector forma parte de las actividades específicas de la Administración, habrá de admitirse que la mayor parte de los puestos de trabajo de dicho sector se adaptan a los criterios de la definición comunitaria de empleos en la Administración pública; por consiguiente, el sector se considerará incluido a priori en el ámbito del apartado 4 del artículo 48 del Tratado e incumbirá a la Comisión o al ciudadano comunitario demostrar que no se reúnen los requisitos de la excepción;

-En cambio, si la actividad de un sector está alejada de las actividades específicas de la Administración, habrá de admitirse que la mayor parte de los puestos de trabajo de dicho sector no se adaptan a los criterios de la definición comunitaria; en este supuesto, el sector se considerará incluido a priori en el ámbito de los apartados 1 a 3 del artículo 48, es decir, en el de la libre circulación de los trabajadores, e incumbirá a los poderes públicos nacionales demostrar, respecto a puestos de trabajo determinados, que en realidad se reúnen los requisitos del apartado 4 del artículo 48.

La segunda fase, en caso de controversia relativa a un puesto de trabajo determinado, requiere el análisis de las funciones propias de éste: el Juez nacional o el Juez comunitario que conozca del asunto habrá de verificar, con observancia de las normas sobre reparto de la carga de la prueba, si el puesto de trabajo implica una participación, directa o indirecta, en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado o de las demás entidades públicas, en el sentido de la reiterada jurisprudencia de este Tribunal de Justicia.

teger el interés general del Estado; y, por otra, todos los demás»<sup>29</sup>. Y de esta forma, y en consonancia con la nueva aproximación no por sectores sino por puestos de trabajo, señala ahora que «no todos los puestos de dichos ámbitos implican el ejercicio de la autoridad pública y la responsabilidad de proteger los intereses generales del Estado, como es el caso de las tareas administrativas, el asesoramiento técnico o el mantenimiento»<sup>30</sup>.

Pero, si en un primer momento, las instituciones comunitarias redujeron a una Comunicación su acción para evitar la discriminación por razón de la nacionalidad, con posterioridad tanto el Consejo como el Parlamento adoptaron medidas normativas para hacer viable la libre circulación de los trabajadores que, sin incursionar en la interpretación que haya de darse a la excepción, sí que reiteran la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad y articulan mecanismos para hacerla efectiva<sup>31</sup>.

Así, y junto a las previsiones contenidas en el Reglamento (CEE) n° 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968 y la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con posterioridad el Reglamento (UE) n° 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión (DOUE L 27 Mayo 2011), partiendo de que el principio de no discriminación entre trabajadores de la Unión implica que todos los nacionales de los Estados miembros tengan la misma prioridad en el empleo que la que disfrutaban los trabajadores nacionales, adopta una serie de medidas dirigidas a garantizar la efectividad de ese derecho y crea dos Comités para el seguimiento y pleno cumplimiento del mismo<sup>32</sup>.

29 De sumo interés es el trabajo, de habitual referencia, de Gómez Muñoz, J.M., "La libertad de circulación de trabajadores en el empleo público", Consejo Económico y Social (España), 1996, que ofrece una relación jurisprudencial de los empleos en que no puede ser aplicada la excepción.

30 La libre circulación de trabajadores. La plena realización de sus ventajas y sus posibilidades. Comunicación de la Comisión, COM (2002) 694 final, Bruselas, 11 de diciembre de 2002.

31 La libre circulación de trabajadores se recoge actualmente en los artículos 45 a 48 TFUE y 15 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

32 Entre otras previsiones muy relevantes, a estos efectos, cabe destacar el artículo 3 que establece que:

1. En el marco del presente Reglamento, no serán aplicables las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, ni las prácticas administrativas de un Estado miembro:

a) que limiten o subordinen a condiciones no previstas para los nacionales la oferta y la demanda de trabajo, el acceso al empleo y su ejercicio por los extranjeros, o

b) que, aun siendo aplicables sin acepción de nacionalidad, tengan por finalidad o efecto exclusivo o principal, eliminar a los nacionales de otros Estados miembros de la oferta de empleo.

El párrafo primero no se aplicará a las condiciones relativas a los conocimientos lingüísticos exigidos en razón de la naturaleza del empleo a cubrir.

2. Entre las disposiciones o prácticas mencionadas en el apartado 1, párrafo primero, están comprendidas principalmente las que, en un Estado miembro:

a) hagan obligatorio el recurso a procedimientos especiales de contratación de mano de obra para los extranjeros;

b) limiten o subordinen a condiciones distintas de las que son aplicables a los empresarios que ejercen en el territorio de dicho Estado, la oferta de empleo por medio de la prensa o de cualquier otro modo;

c) subordinen el acceso al empleo a condiciones de inscripción en las oficinas de empleo u obstaculicen la contratación nominativa de trabajadores, cuando se trate de personas que no residan en el territorio de dicho Estado.

No obstante, y habiéndose dado un paso adelante, se ha hecho preciso seguir insistiendo en el camino emprendido y, en este sentido, la Directiva 2014/54/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre medidas para facilitar el ejercicio de los derechos conferidos a los trabajadores en el contexto de la libre circulación de los trabajadores (DOUEL 30 abril 2014), haciendo alusión en su Considerando 17 a que:

*La protección contra la discriminación por razón de la nacionalidad propiamente dicha quedaría reforzada por la existencia de organismos eficaces con la experiencia técnica adecuada en cada Estado miembro con competencias para fomentar la igualdad de trato, analizar los problemas a que se enfrentan los trabajadores de la Unión que ejerzan su derecho a la libre circulación y los miembros de sus familias, estudiar posibles soluciones y facilitarles asistencia específica. Entre las competencias de estos organismos debería encontrarse, entre otras, la prestación a los trabajadores de la Unión y a los miembros de sus familias de asistencia independiente, jurídica o de otro tipo, por ejemplo, información jurídica sobre la aplicación de la normativa pertinente, nacional y de la Unión, relativa a la libre circulación de los trabajadores, los procedimientos de reclamación que deban seguirse, y la ayuda para proteger los derechos de los trabajadores y los miembros de sus familias, y podrá incluir asimismo la asistencia en procedimientos judiciales.*

Y, en este sentido, va a establecer como obligación de los Estados miembros, de necesario cumplimiento antes de 21 de mayo de 2016, designar una o más estructuras, u organismos, como responsables del fomento, el análisis, la supervisión y el apoyo en el ámbito de la igualdad de trato de los trabajadores de la Unión y los miembros de sus familias, sin discriminación por razón de la nacionalidad ni restricciones y obstáculos injustificados de su derecho a la libre circulación, y adoptarán las disposiciones necesarias para el funcionamiento de estos organismos (artículo 4º). Bien es cierto que dichos organismos podrán formar parte de organismos existentes a escala nacional que tengan objetivos similares.

---

Por su parte el artículo 7 establece que:

1. En el territorio de otros Estados miembros y por razón de la nacionalidad, el trabajador nacional de un Estado miembro no podrá ser tratado de forma diferente a los trabajadores nacionales, en cuanto se refiere a las condiciones de empleo y de trabajo, especialmente en materia de retribución, de despido y de reintegración profesional o de nuevo empleo, si hubiera quedado en situación de desempleo.
2. Se beneficiará de las mismas ventajas sociales y fiscales que los trabajadores nacionales.
3. Tendrá acceso también a las escuelas de formación profesional y a los centros de readaptación o de reeducación, en base al mismo derecho y en las mismas condiciones que los trabajadores nacionales.
4. Toda cláusula de convenio colectivo o individual o de otra reglamentación colectiva referente al acceso al empleo, a la retribución y a las demás condiciones de trabajo y despido, será nula de pleno derecho en la medida en que prevea o autorice condiciones discriminatorias para los trabajadores nacionales de otros Estados miembros.

## 3.2. La posición del Tribunal de Justicia

Es preciso referirnos, de forma previa, a que la mencionada excepción tiene en cuenta el legítimo interés de los Estados miembros en reservar a sus propios nacionales un conjunto de empleos relacionados con el ejercicio del poder público y la salvaguardia de los intereses generales (véanse, haciendo referencia a este concreto aspecto, las sentencias Comisión/Bélgica, 149/79, EU:C:1980:297, apartado 19, y Vougioukas, C443/93, EU:C:1995:394, apartado 20). Aunque no es menos cierto que el criterio de aplicabilidad del apartado 4 del artículo 45 del Tratado es funcional, como se ha expuesto, y debe tener en cuenta la naturaleza de las tareas y de las responsabilidades propias del puesto de trabajo, a fin de evitar que el efecto útil y el alcance de las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de los trabajadores y a la igualdad de trato de los nacionales de todos los Estados miembros se vean limitadas por interpretaciones del concepto de Administración Pública derivadas exclusivamente del Derecho nacional, que obstaculizarían la aplicación de la normativa comunitaria.

De esta forma, la excepción prevista en el apartado 4 del artículo 45 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea no permite que un Estado miembro pueda establecer, con carácter general, un requisito de nacionalidad para la totalidad de los puestos de trabajo en los sectores que no implican una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público<sup>33</sup>. Las garantías del precepto se aplican, por ello, al acceso de nacionales de otros Estados miembros a aquellas funciones y empleos en la Administración Pública y en los servicios prestados por personas jurídicas públicas dependientes de ella que no son característicos de las actividades específicas de la Administración pública<sup>34</sup>, en cuanto ente al que se ha confiado el ejercicio del poder público y la responsabilidad de salvaguardar los intereses generales del Estado o de otras entidades públicas (Comisión C/ Bélgica, 17 de diciembre de 1980, 149/79; Grahame y Hollanders, 13 de noviembre de

<sup>33</sup> No obstante, el artículo 45 TFUE no sólo prohíbe la discriminación directa por razón de nacionalidad, sino también la indirecta. (Sentencia Graf (C190/98, EU:C:2000:49), apartado 14 y jurisprudencia citada). El Tribunal de Justicia ha calificado como indirectamente discriminatoria toda normativa nacional que sea indistintamente aplicable en función de la nacionalidad, pero que, *por su propia naturaleza*, pueda afectar *más* a los trabajadores migrantes que a los trabajadores nacionales del Estado cuya legislación resulte controvertida y que implique por consiguiente el riesgo de perjudicar *específicamente* a los primeros. (Sentencias Larcher (C523/13, EU:C:2014:2458), apartado 32 y jurisprudencia citada; Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken Betriebs GmbH (C514/12, EU:C:2013:799), apartado 26 y jurisprudencia citada; Erny (C172/11, EU:C:2012:399), apartado 41 y jurisprudencia citada, y O'Flynn (C237/94, EU:C:1996:206), apartados 18 a 20). El Tribunal de Justicia también ha declarado que «para que pueda calificarse una medida como indirectamente discriminatoria no es necesario que tenga como efecto favorecer a todos los nacionales del Estado miembro interesado o desfavorecer sólo a los nacionales de los otros Estados miembros, con exclusión de los primeros». (Sentencias Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken Betriebs GmbH (C514/12, EU:C:2013:799), apartado 27, y Erny (C172/11, EU:C:2012:399), apartado 41 y jurisprudencia citada). Además, no es necesario comprobar si la disposición controvertida afecta, en la práctica, a un porcentaje considerablemente mayor de trabajadores migrantes. Basta con comprobar que dicha disposición puede producir tal efecto. (Sentencia Larcher (C523/13, EU:C:2014:2458), apartado 33 y jurisprudencia citada).

<sup>34</sup> Pero, asimismo, tampoco puede exigirse el requisito de nacionalidad ni siquiera para puestos de trabajo que inicialmente no reúnan los requisitos del apartado 4 del artículo 48, pero cuyos titulares puedan verse abocados, como consecuencia de promoción o de traslado, a ejercer funciones y responsabilidades propias de la Administración pública (Conclusiones de 5 de marzo de 1996 del Abogado General Sr. Philippe Léger en el asunto Comisión/Grecia).

1997, C-248/96; Comisión C/ Luxemburgo, 2 de julio de 1996, C-473/93; Comisión C/ Bélgica, 2 de julio de 1996, C-173/94; Comisión C/ Grecia, 2 de julio de 1996, C-290/94)<sup>35</sup>.

Consecuentemente, lo realmente importante en virtud de dicha disposición no es la designación o el estatuto jurídico del cargo, su vínculo orgánico con las autoridades públicas, (por ejemplo, el hecho de que la persona que ocupe el cargo sea empleada de una persona física o jurídica de Derecho privado no descarta, por sí mismo, la aplicabilidad del artículo 45 TFUE, apartado 4, si se demuestra que, para cumplir determinadas actividades, dicha persona actúa como representante del poder público (sentencia de 30 de septiembre de 2003, Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española (C405/01, Rec. p. 110391), apartado 43.) o su posición en la Administración Pública, (sentencias de 12 de febrero de 1974, Sotgiu (152/73, Rec. p. 153, EU:C:1974:13), apartado 5, y Comisión/Francia, antes citada, apartado 11.), sino su auténtica naturaleza, responsabilidades y funciones (sentencias de 2 de julio de 1996, Comisión/Luxemburgo (C473/93, Rec. p. 13207), apartado 28, Comisión/Francia, antes citada, apartado 12 y Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española, EU:C:2003:515, apartado 39).

Como indica Fuentetaja Pastor en primer lugar, y de forma general, deberán tratarse de actividades específicas de la Administración Pública. En segundo lugar, el Tribunal de Justicia exige la presencia de dos requisitos, que actúa cada uno de ellos con carácter acumulativo al anterior<sup>36</sup>, para delimitar, de forma específica en cada caso concreto, lo que debe entenderse por puesto de trabajo en la Administración Pública: por un lado, los puestos de trabajo que impliquen una participación, directa o indirecta, en el ejercicio de potestades públicas, y, por otro, aquellos que supongan una participación en las funciones que tienen por objeto la salvaguarda de los intereses generales del

35 El Tribunal de Justicia europeo se ha referido a la aplicación de la garantía del acceso al empleo, entre otros, en el sector salud (Comisión C/ Francia, 3 de junio de 1986, 307/84) en la investigación civil (Comisión C/ Italia 16 de junio de 1987, 225/85) y en la enseñanza (profesores en período de prácticas en Lawrie Blum, de 3 de julio de 1986, 66/85; lectores de lenguas extranjeras en Allué y Coonan, de 30 de mayo de 1989, 33/88; profesores de enseñanza secundaria en Bleis, [27 de noviembre de 1991, C-4/91](#); profesores de enseñanza primaria en Comisión C/ Luxemburgo, 2 de julio de 1996, C-473/93) etc. En las Conclusiones presentadas por el Abogado General Leger de 15 de marzo de 1996 en el Asunto Comisión/Grecia se realiza una enumeración de los empleos que no se encuentran incluidos en la excepción según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia hasta ese momento: Servicios de correos: obrero; Ferrocarriles: agente de clasificación, peón de carga y descarga, maquinista, tendedor de vías, guardagujas, limpiador de oficinas, pintor, auxiliar guarnicionero, encargado de mantenimiento de baterías, montador de secciones, montador de inducidos, vigilante nocturno, limpiador, empleado de cantina, ayudante de talleres; Municipios: carpintero, peón de jardinería, enfermera, puericultura, vigilante, enfermera en guarderías, electricista, fontanero; Hospitales públicos: enfermero, enfermera; Enseñanza pública: profesor en período de prácticas, profesor de enseñanza secundaria, lector de lengua extranjera en las Universidades; Investigación civil: investigador.

36 En efecto, el Tribunal de Justicia siempre hace referencia, además, a la «salvaguarda de los intereses generales del Estado» dado que el Tribunal de Justicia une generalmente mediante la conjunción «y» los criterios de participación en el ejercicio del poder público y de salvaguarda de los intereses generales del Estado y se exige una interpretación restrictiva del concepto de administración pública, se ha señalado además en varias ocasiones ambos requisitos deben cumplirse de forma acumulativa (Sentencia de 3 de junio de 1986, Comisión/Francia (307/84, apartado 12); sentencias de 3 de julio de 1986, Lawrie-Blum (66/85, Rcc. p. 2121), apartado 27; de 30 de mayo de 1989, Allué y otros (33/88; Rcc. p. 1591), apartado 7. Véanse, asimismo y por ejemplo, las conclusiones del Abogado General Sr. Léger presentadas el 5 de marzo de 1996 en el asunto Comisión/Grecia punto 23. y las conclusiones del Abogado General Sr. Lenz presentadas el 29 de abril de 1986 en el asunto LawrieBlum.

Estado o de otras entidades públicas<sup>37</sup>. De más está recordar que, precisamente, esos criterios son los que han orientado a la legislación española para definir los puestos de trabajo reservados a funcionarios. En este sentido, el art. 9.2 EBEP, reserva a favor de los funcionarios públicos: “En todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca”.

Procederemos, realizada dicha salvedad, a analizar dichas condiciones. Si bien añadiremos otro criterio a los anteriores que, en mi opinión y si no se aplica con la necesaria proporcionalidad y visión de conjunto, podría dar como consecuencia una interpretación contraria al artículo 51 TFUE. Y es que, ciertamente, es preciso advertir que las normas contenidas en los artículos 45 TFUE, apartado 4, y 51 TFUE deben interpretarse uniformemente tal y como pusieron de manifiesto tanto los Abogados Generales Mayras (Conclusiones presentadas en el asunto *Reyners*, sentencia de 21 de junio de 1974, 2/74, Rec. p. 631) y Mancini, (Conclusiones presentadas en el asunto *Comisión/Francia* (sentencia de 3 de junio de 1986, 307/84, Rec. p. 1725). El distinto contenido de ambas disposiciones se debe a las distintas situaciones a las que hacen referencia. No obstante, el objetivo que persiguen ambas normas es el mismo: permitir a los Estados miembros establecer excepciones al principio general que prohíbe la discriminación por razón de la nacionalidad en el mercado interior, reservando a sus propios nacionales el ejercicio de determinadas actividades desarrolladas en interés general por personas a las que se han atribuido a tal efecto determinadas facultades de autoridad. Por consiguiente, en mi opinión, para interpretar y aplicar el artículo 45 TFUE, apartado 4, no sólo debe tenerse en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre dicha disposición sino también, *mutatis mutandis*, los principios establecidos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el artículo 51 TFUE, que en gran medida se ha desarrollado de forma similar tal y como ha señalado la mejor doctrina<sup>38</sup>.

### 3.2.1. Actividades específicas de la Administración Pública

En cuanto a la primera condición, ésta se traduce en que la excepción prevista en el artículo 45 TFUE, apartado 4, no se aplica a los empleos que, a pesar de depender del Estado o de otros organismos de Derecho público, no implican, sin embargo, ninguna participación en las actividades que competen a la Administración pública propiamente dicha (sentencias *Comisión/Grecia*, EU:C:1996:265, apartado 2, y *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española*, EU:C:2003:515, apartado 40). Precisamente, por esta razón, ha de comprobarse si las funciones atribuidas al puesto concreto contienen prerrogativas de poder público y la salvaguardia de los intereses generales del Estado, que, por consiguiente, justifiquen que estén reservadas a los nacionales como más adelante analizaremos.

<sup>37</sup> Fuentetaja Pastor, J.A., “La libre circulación...op. cit., p. 41 y s.

<sup>38</sup> Dashwood, A. y otros, *Wyatt and Dashwood's European Union Law*, Hart Publishing, Oxford y Portland, (6ª ed.), 2011, p. 569.

Por actividades específicas del Estado Fuentetaja Pastor advierte, sin embargo, no ha de entenderse de forma tal que aquéllas se reduzcan a las tradicionales funciones de protección del Estado gendarme —defensa, policía, justicia y finanzas—ejercidas únicamente por agentes de la autoridad y, por tanto, caracterizadas por el ejercicio de autoridad pública. El Tribunal de Justicia precisó en el asunto *Reyners* que «se limita a aquellas actividades que, consideradas en sí mismas, estén directa y específicamente relacionadas con el ejercicio del poder público», sin que los Estados miembros puedan adoptar disposiciones unilaterales al respecto que extiendan o reduzcan sus términos. De esta forma, y como se delimitó por la Comisión<sup>39</sup>, se incluyen las actividades que clásicamente hemos considerado propias de la Administración pública, pero la utilización por el Tribunal de Justicia de la expresión «actividades típicas» no excluye los empleos relacionados con actividades o intereses públicos no clásicos, sino surgidos con el Estado social, como por ejemplo, la protección de la salud y seguridad de los trabajadores, la protección de los consumidores o la protección del medio ambiente<sup>40</sup>.

El concepto “actividades específicas de las Administraciones públicas” se ha visto completado en la jurisprudencia con un añadido muy relevante: “y que por ello suponen la existencia de una relación particular de solidaridad con el Estado”. Para el Abogado General Wahl, es precisamente este último concepto el que constituye el contexto en el que los principios derivados de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia deben ser interpretados y aplicados (Asunto C-270/2013)<sup>41</sup>, si bien, y dadas las transformaciones que se han producido en el ámbito de la Unión y muy señeramente el concepto de ciudadano de la Unión y de soberanía de los Estados a estos efectos, entiende que debe ser interpretado con arreglo a las circunstancias existentes en cada momento. Y es que, como se indica en las Conclusiones realizadas en dicho asunto, en los correspondientes apartados: “(50) En primer lugar, la percepción del papel del Estado, i) en la sociedad, y ii) en el ámbito internacional, está cambiando de forma radical. En lo que respecta al primero de dichos aspectos, lo que los ciudadanos esperan que el Estado haga por ellos y el modo de hacerlo está cambiando rápidamente dentro de la sociedad. En las últimas décadas ha surgido una tendencia clara hacia la privatización y externalización de cometidos que, en el pasado, estaban estrictamente reservados a las autoridades públicas. En cuanto

39 Criterio, por demás aceptado, por el Abogado General en el asunto *Comisión v. Luxemburgo* de 3 de julio de 1996, Asunto C-471/93.

40 Fuentetaja Pastor, J.A., “La libre circulación...op. cit., p. 42.

41 En palabras de éste “El concepto de relación particular de solidaridad entra en juego en relación con empleos que, conforme a la opinión legítima del Estado, entrañan deberes que por sus características intrínsecas sólo están en condiciones óptimas de desarrollar aquellas personas ligadas al Estado, no sólo por una mera relación laboral, sino también por su nacionalidad. La presunción subyacente es que una persona suele sentir mayor lealtad, confianza y devoción por el país al que ella, su familia y sus raíces pertenecen. De hecho, los principios predominantes para otorgar la nacionalidad de una persona son la sangre («*ius sanguinis*») o el territorio («*ius soli*»). Según dicha teoría, si faltan esos vínculos de *sanguis* y *solum*, una persona puede estar menos dispuesta o simplemente ser menos capaz para desarrollar sus funciones en cualquier circunstancia para cumplir plenamente un cometido en interés público” y sigue explicando que “El concepto de relación particular de solidaridad entra en juego en relación con empleos que, conforme a la opinión legítima del Estado, entrañan deberes que por sus características intrínsecas sólo están en condiciones óptimas de desarrollar aquellas personas ligadas al Estado, no sólo por una mera relación laboral, sino también por su nacionalidad. La presunción subyacente es que una persona suele sentir mayor lealtad, confianza y devoción por el país al que ella, su familia y sus raíces pertenecen”.

al segundo, recientemente la doctrina ha subrayado que, en el actual mundo globalizado, en el que partes significativas de las competencias constitucionales de los Estados soberanos han sido transferidas a organizaciones supranacionales o son ejercidas *de facto* en distintos foros internacionales, el concepto de soberanía no puede entenderse del modo en que dichos conceptos tradicionales se utilizaban en el pasado; (51). En segundo lugar, el concepto de ciudadanía también ha sufrido cambios importantes. A raíz de una mayor movilidad de los trabajadores (y, con carácter general, de las personas) dentro de la Unión, la solidaridad que históricamente los Estados esperaban de sus ciudadanos se ha deteriorado o, al menos, transformado en términos conceptuales dentro de la Unión. Asimismo, desde que se firmó el Tratado de Maastricht, los Tratados de la Unión incluyen la ciudadanía europea como un concepto independiente y colateral al de la ciudadanía de los Estados miembros. Como el Tribunal de Justicia declaró en el asunto ejemplar Grzelczyk, «la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros y permitir a aquellos de dichos ciudadanos que se encuentran en la misma situación obtener, independientemente de su nacionalidad y sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas a este respecto, el mismo trato jurídico». En otras palabras, parafraseando al Abogado General Jacobs en sus conclusiones presentadas en el asunto Konstantinidis, cualquier ciudadano de la Unión está facultado para afirmar «*civis europaeus sum*» y para invocar dicho estatuto para oponerse a cualquier violación de sus derechos fundamentales y, yo añadiría, a cualquier discriminación injustificada y no razonable basada en la nacionalidad en el seno de la Unión”.

En consecuencia, si bien que se trate de una actividad específica de la Administración pública constituye un indicio relevante para la aplicación de la excepción, no es menos cierto que es preciso, además, que se den otros requisitos que procederemos a analizar. Y es que la excepción prevista en el artículo 45 TFUE, apartado 4, no se aplica a los empleos que, a pesar de depender del Estado o de otros organismos de Derecho público, no implican sin embargo ninguna participación en las actividades que competen a la Administración pública propiamente dicha (sentencias Comisión/Grecia, EU:C:1996:265, apartado 2, y Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española, EU:C:2003:515, apartado 40) y, por ello, ha de comprobarse si las funciones atribuidas al puesto de trabajo contienen prerrogativas de poder público y la salvaguardia de los intereses generales del Estado que, por consiguiente, justifiquen que estén reservadas a los nacionales de un Estado miembro.

En definitiva, el concepto de actividades específicas ha de ponerse en relación a los bienes jurídicos que se pretenden proteger mediante el Derecho de la Unión y delimitar si abarcan el conjunto de actividades realizadas como se ha puesto de relieve a propósito de las fuerzas armadas y el derecho a la salud que asiste a los miembros de éstas cuando se trata de servicios de administración, mantenimiento, reparación, sanidad, preservación del orden o persecución de las infracciones que no pueden ser excluidas, plenamente, del ámbito de aplicación de las disposiciones que preservan dichos bienes jurídicos (Conclusiones del Abogado General de 28 de enero de 2021 y STJUE de 15 de julio de 2021, asunto C-742/2019).

## 3.2.2. La noción de prerrogativas del poder público y el ejercicio de potestades públicas

En un primer momento, es preciso señalar, en relación al ejercicio de poderes conferidos por el Derecho público que, si bien el Tribunal de Justicia no ha ofrecido una definición general y clara de dichos conceptos, lo cierto es que cabe extraer varios elementos de la jurisprudencia, entre ellos el elemento referente al desarrollo de actividades relacionadas con el ejercicio del poder público en virtud del artículo 51 TFUE.

Resulta, además, sorprendente, como pusiera de relieve Fuentetaja Pastor, que el Tribunal de Justicia adopte el criterio del ejercicio de potestades públicas para distinguir entre funciones de autoridad —reservadas a los nacionales de los Estados miembros— y, en contraposición, funciones de gestión, pues esa distinción está lo suficientemente desacreditada en el plano teórico (Francia) y en su aplicación práctica (Alemania), como para rechazarla en cuanto principio cardinal de la organización del empleo público<sup>42</sup>.

De esta forma, no hay duda de que estos términos incluyen el poder de *imperium*, y, por tanto, hay que entender incluidos en los mismos los poderes legislativo, ejecutivo, judicial y militar supremos inherentes al concepto de poderes soberanos que el Estado ejerce a través de determinados órganos o individuo<sup>43</sup>. Asimismo, dichos términos también engloban una potestad que se suele definir con el término *potestas* y que hace referencia a todas las facultades que permiten adoptar medidas legalmente vinculantes con independencia (o a pesar) de la voluntad del destinatario y que se ejecutan mediante coerción o pena<sup>44</sup>.

42 Fuentetaja Pastor, J.A., "La libre circulación...op. cit., p. 45.

43 En relación con dicha expresión, pueden verse las conclusiones conjuntas del Abogado General Cruz Villalón presentadas en los asuntos Comisión/Bélgica (C47/08, Rec. p. I4105); Comisión/Francia (C50/08, Rec. p. I4195); Comisión/Luxemburgo (C51/08, Rec. p. I4231); Comisión/Austria (C53/08, Rec. p. I4309); Comisión/Alemania (C54/08, Rec. p. I4355), y Comisión/Grecia (C61/08, Rec. p. I4399), punto 97, sentencias de 24 de mayo de 2011.

44 Pueden verse, a estos efectos, las Sentencias Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española, apartado 42, y Anker y otros, apartado 61.

No obstante es preciso aclarar que el criterio más tradicionalmente seguido en orden a la identificación del poder público, que como se ha dicho es el que atiende a la capacidad del poder público para imponer su voluntad unilateralmente, es decir, sin necesidad del consentimiento del sujeto obligado (al contrario que un particular que sólo puede hacer aceptable su voluntad a otro particular con el consentimiento de este último), fue matizado en las Conclusiones del abogado general Cruz Villalón en el Asunto C47/08 indicando que:

97. No obstante, las cosas no son tan simples cuando se trata, como es siempre nuestro caso, de un Estado democrático. Pues, en estos supuestos, el consentimiento es siempre, de alguna manera y en último término, necesario. De otro lado, conviene relativizar la afirmación según la cual la voluntad del poder público se impone de manera incontestable. Y es que, desde la perspectiva ahora del Estado de Derecho, consustancial también a la Unión, toda actuación del poder público es susceptible de revisión. En realidad, el poder soberano del Estado democrático es, desde esta perspectiva, antes *auctoritas* que puro *imperium*. Esto es, poder de dominación ejercido por la voluntad misma de los sujetos a obediencia, y asegurada por la legitimidad de origen de la voluntad de dominio, más que por la pura amenaza de la coacción física.

98. Esto supone, desde esta perspectiva, que el concepto en cuestión no es un concepto absoluto, sino relativo, susceptible, por tanto, de graduación. A mayor facilidad para la imposición de una conducta, mayor proximidad a la cualidad del poder público, pero siempre descartada la imposición de plano e incontestable.

Ahora bien, dicho ello, también resulta evidente que no cabe entender automáticamente que el mero ejercicio de cualquier poder de naturaleza administrativa (es decir, de naturaleza distinta a la que es propia de los particulares) afecta a poderes conferidos por el Derecho público. En efecto, los empleos que básicamente suponen la realización de tareas administrativas o el desempeño de funciones técnicas, y que no entrañan el ejercicio de facultades discrecionales

99. Por todos estos motivos, atender al criterio del fin (interés general/interés particular) o al criterio del modo de imposición de la obligación asegurada por la fuerza (unilateral/bilateral) supone andar un camino que fatalmente desemboca en un terreno poco firme. Tropezamos aquí, en efecto, con conceptos extraordinariamente imprecisos, sujetos como están al arbitrio de magnitudes relativas y, por ello, inaccesibles a un grado mínimo de objetividad. Desde luego son criterios operativos cuando se confrontan con supuestos incuestionables de ejercicio de poder público, como es el caso de aquellas actividades más directamente relacionadas con la actuación de las prerrogativas de la soberanía (ejército, fuerza pública, jurisdicción, gobierno). Pero no bastan para dar cuenta de la calificación que merecen otras actividades públicas menos conectadas con el ejercicio de la coacción y, sin embargo, cualitativamente distintas de la actividad privada.

100. Dando un paso más en esta reflexión, conviene atender a la cualidad del Estado moderno, en tanto que forma de ordenación del poder mucho más sofisticada que las previamente conocidas. Éstas últimas quedaban reducidas a la administración de la coacción física mediante procedimientos de definición de las condiciones de su ejercicio extraordinariamente simplificados. De ahí que, a fin de dar cuenta del fenómeno del poder público en toda su complejidad, resulte hoy prácticamente inevitable operar con un concepto de poder público construido a partir de la lógica del orden jurídico en el que dicho poder actúa.

101. En esa línea, el ordenamiento jurídico representa un proceso de ordenación del ejercicio de la fuerza legítima susceptible de concluir, en su caso, con la aplicación de dicha fuerza en un supuesto concreto. Siendo ello así, no debe haber inconveniente en aceptar que los actos con los que el ordenamiento concluye (allí donde el proceso de la fuerza legítima termina con un acto que pone fin a ese proceso, dándole un estado definitivo) aparecen como la expresión más acabada del orden jurídico.

102. Con arreglo a este planteamiento, el criterio determinante para la calificación de un acto como derivado del poder público sería entonces el de la naturaleza de su relación con el ordenamiento del Estado. Concretamente, la cualidad de una actividad habría de verse como expresiva de una participación en el ejercicio del poder público a partir del criterio de su inserción (su grado de *pertenencia*) en dicho orden jurídico. El criterio, por tanto, no sería el de su mera conformidad con dicho orden, sino el de su incorporación como acto del ordenamiento.

103. En este sentido, la jurisdicción puede ser vista como la expresión más caracterizada del poder público. Con sus resoluciones, en efecto, se dice definitivamente el Derecho y, en este sentido, el ordenamiento jurídico viene a confundirse con ellas. Pero, por eso mismo, también podemos decir que es poder público aquel cuyos actos pueden alcanzar esa condición sin necesidad de *iurisdictio*. Para comenzar, la ley es ejecutiva por sí misma, como lo es igualmente la disposición administrativa o la orden de la fuerza pública. Se trata siempre de actos y disposiciones susceptibles de revisión judicial, pero en todo caso no necesitadas de *autorización*, para desplegar inmediatamente sus efectos.

104. A partir de lo anterior, es claro que ningún particular puede producir actos jurídicos capaces de imponerse a un tercero si no es mediante la intervención del poder público. Una vez que queda excluido el uso de la fuerza por los particulares, la realización del propio derecho requiere siempre de una autorización pública. El poder público no se limita en tales casos a *revisar* un acto capaz de desplegar por sí solo algún efecto vinculante para con un tercero, como es el caso con los actos de la Administración, del Gobierno o del poder legislativo. Por el contrario, el poder público, en estos supuestos, interviene siempre como autoridad *constitutiva* respecto de la obligación que el particular pretende hacer valer ante un tercero. Se tratará entonces de obligaciones que pueden haber nacido de un concurso de voluntades (contrato/principio dispositivo), pero la exigencia del cumplimiento de las mismas no está al alcance del particular si no media la intervención pública.

105. Por tanto, y como conclusión de todo lo anterior, cabe sostener, siempre con el grado de abstracción que el caso impone, que entre los caracteres que identifican al poder público en las distintas tradiciones nacionales cabe contar con el que se traduce en su capacidad para imputar un acto, disposición o conducta a la voluntad del Estado formalizada a través del ordenamiento jurídico. Es éste, en efecto, un mínimo denominador común en el que vienen a coincidir todas esas tradiciones, que encuentran en la imputabilidad de una voluntad concreta a la voluntad general del Estado el criterio determinante para el trazado de la divisoria que separa el ámbito de lo público frente al de los particulares.

o de decisión, no necesariamente han de estar comprendidos en dicho concepto<sup>45</sup>. Precisamente, por estas razones, es precisa una apreciación caso por caso que tenga en cuenta todas las características de las prerrogativas y actividades relacionadas con un cargo concreto a fin de determinar si estamos o no en presencia de la excepción<sup>46</sup>.

En cualquier caso, conviene advertir que en su traslación al ordenamiento jurídico interno el concepto potestades públicas ha de entenderse reconducido al de potestades administrativas como poderes exorbitantes otorgados a los órganos administrativos para su actuación.

### 3.2.3. Las actividades han de ser realizadas en salvaguarda del interés general

Una vez que se ha determinado que el puesto en cuestión entraña la participación en el ejercicio de poderes públicos en el sentido del artículo 45 TFUE, apartado 4, aún debe comprobarse en una segunda fase si dichas facultades se confieren para perseguir el interés general. Bien es cierto que dicha característica, cuando se extrapola al ordenamiento interno, no tiene la misma dimensión que en el caso del Derecho europeo a los efectos de garantizar la libertad comunitaria. La razón es bien sencilla y se deriva de nuestro texto constitucional: la Administración y todos los puestos de trabajo en ella contenidos, tienen como finalidad y razón de ser el interés general, de conformidad con lo establecido en el art. 103 CE.

En cualquier caso, y volviendo al ordenamiento europeo, debe valorarse si la persona que ocupa el cargo público debe desempeñar funciones en interés de la comunidad en lugar de tareas que persiguen un interés privado. Y esta condición no se cumplirá cuando el Estado confiera a un parti-

---

45 Sentencia de 5 de diciembre de 1989, Comisión/Italia (C3/88, Rec. p. 4035), apartado 13; de 30 de marzo de 2006, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (C451/03, Rec. p. I2941), apartados 39 y 40, y de 22 de octubre de 2009, Comisión/Portugal (C438/08, Rec. p. I10219), apartado 40., (Véase la sentencia de 16 de junio de 1987, Comisión/Italia (225/85, Rec. p. 2625), apartado 9. Véase, asimismo, por analogía, la sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Francia, apartado 76, y la sentencia Reyners, apartados 51 a 53, antes citadas).

46 En opinión del Abogado General Whal, en el asunto citado, los criterios a tener en cuenta son los siguientes:

i) Cercanía o conexión de las actividades desarrolladas con las facultades de *imperium* o *potestas*.

ii) Que el empleo suponga la realización de actividades que guarden relación con la protección de intereses esenciales de la seguridad de los Estados miembros; (véase el artículo 346 TFUE, apartado 1.)

iii) El grado de responsabilidad (Véase, en ese sentido, la sentencia de 27 de noviembre de 1991, Bleis (C4/91, Rec. p. I5627), apartado 6.) que el ejercicio de dichos poderes implica en términos de rango o de tareas de gestión o supervisión; (véanse, en este sentido, las sentencias de 26 de mayo de 1982, Comisión/Bélgica, apartados 8 y 11, y de 16 de junio de 1987, Comisión/Italia, apartado 9, antes citadas. Véase asimismo por analogía, la sentencia Comisión/Portugal, antes citada, apartado 41.) iv) que en la sociedad moderna se considere que tales facultades, por su propia naturaleza ( Véanse las conclusiones presentadas por la Abogado General Stix-Hackl en el asunto Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española, antes citado, punto 83.) o de forma habitual, (Sentencias de 2 de julio de 1996, Comisión/Luxemburgo, apartado 27, y de 26 de mayo de 1982, Comisión/Bélgica, apartado 12, antes citadas.) deben ser ejercidas por autoridades estatales;

v) Los efectos de largo alcance o, por el contrario, limitados que las actividades inherentes al puesto pueden tener en otras personas, y

vi) Que las actuaciones o medidas adoptadas por el titular del cargo produzcan consecuencias jurídicas inmediatas y directas frente a otras personas o que únicamente sean auxiliares o preparatorias. (véase, por analogía, la sentencia Comisión/Portugal, antes citada, apartado 36 y jurisprudencia citada.)"

cular o entidad facultades especiales o prerrogativas, a cambio de una contraprestación económica o, en todo caso, en el marco de una relación sinalagmática, que dicha persona o entidad pueda utilizar en su propio interés o en el de un número limitado de personas. Igualmente, se entendería comprendido en el mismo supuesto, los supuestos relativos a facultades administrativas que deben ejercitarse en aras de un interés meramente económico o industrial del Estado. En otras palabras, lo determinante a efectos del artículo 45 TFUE, apartado 4, es el interés del Estado como comunidad y no cuando actúa como un operador más en el mercado.

### 3.2.4. Las actividades realizadas constituyen el núcleo del puesto de trabajo analizado y no se trata de un ejercicio meramente ocasional: ¿colisión con el artículo 51 TFUE?

Por último, para que el artículo 45 TFUE, apartado 4, sea aplicable es necesario que el ejercicio de los poderes públicos conferidos en aras del interés general no sea únicamente ocasional o no constituya únicamente una parte menor en el conjunto de las actividades que desarrolla la persona que ocupa el cargo objeto de análisis (conclusiones del Abogado General Lenz presentadas en el asunto Lawrie-Blum, antes citado, p. 2136.), o al menos cuando esté previsto que no sea regular (véase la sentencia, antes citada, Comisión/Luxemburgo, apartado 33 y jurisprudencia citada).

El principio de proporcionalidad debe desempeñar una función clave en este contexto y, de esta forma, el Tribunal de Justicia ha considerado que el ejercicio de los poderes públicos previstos en el artículo 45 TFUE, apartado 4, por parte de no nacionales del Estado miembro de que se trate que sea únicamente esporádico o excepcional, no puede socavar los intereses que dicha disposición pretende proteger. Por tanto, y en suma, el alcance de esta excepción debe limitarse a lo estrictamente necesario para salvaguardar los intereses generales del Estado miembro de que se trate, que no se ven amenazados si las prerrogativas de poder público se ejercen únicamente de forma esporádica o excepcional por nacionales de otros Estados miembros (véanse las sentencias Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española, EU:C:2003:515, apartado 44, Anker y otros, C 47/02, EU:C:2003:516, apartado 63, y Comisión/Francia, C 89/07, EU:C:2008:154, apartado 14 y las Conclusiones del Abogado General Cruz Villalón presentadas en el asunto Comisión/Bélgica, puntos 140 y ss y sentencia de 24 de mayo de 2011)<sup>47</sup>. La STJUE de 10 de septiembre de 2014 (asunto C-270/13, Haralambidis), en relación a la provisión del puesto de trabajo Autoridad Portuaria para el puerto de Brindisi, insistirá en que es necesario que dicho titular ejerza efectivamente de forma habitual tales prerrogativas y que éstas no representen una parte muy reducida de sus actividades.

<sup>47</sup> La proporcionalidad, en la jurisprudencia del TJUE, es el análisis de la concordancia entre los objetivos declarados y los medios elegidos. Para cumplir el principio de proporcionalidad, las medidas adoptadas deben ser *apropiadas* para lograr los objetivos legítimos perseguidos, no rebasar los límites de lo *necesario* para alcanzarlos (cuando existan varias alternativas normativas, debe privilegiarse la menos restrictiva) y sus inconvenientes no deben ser desproporcionados con respecto a los objetivos perseguidos (*ponderación interna o proporcionalidad stricto sensu*). Puede verse, a este respecto, las Sentencias Léger (C528/13, EU:C:2015:288), apartado 58 y jurisprudencia citada; Comisión/Chipre (C515/14, EU:C:2016:30), apartado 54; Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken Betriebs GmbH (C514/12, EU:C:2013:799), apartado 36 y jurisprudencia citada, y Casteels (C379/09, EU:C:2011:131), apartado 30 y jurisprudencia citada. Véanse, asimismo, conclusiones del Abogado General Bobek presentadas en el asunto Lidl (C134/15), punto 40 y jurisprudencia citada.

Conclusión del Tribunal que, sin embargo y desde mi punto de vista, ha de cohonestarse adecuadamente con la dicción del artículo 51 que, aunque referida a todo el título, también se aplica a este apartado, y que efectivamente utiliza la locución “ocasional” para excluir de las distintas libertades de circulación a los nacionales de otros Estados miembros. Y es que, la interpretación de esta excepción puede, y debe, hacerse en conexión con lo dispuesto en el artículo 51 TFUE, según el cual, las disposiciones del presente capítulo, en el que está enclavado el artículo 45, no se aplicarán, en lo que respecta al Estado miembro interesado, a las actividades que, en dicho Estado, estén relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público<sup>48</sup>.

---

48 Por lo que se refiere al concepto de «ejercicio del poder público» en el sentido del artículo 45 CE (actual 51 TFUE), párrafo primero, debe señalarse que, según reiterada jurisprudencia, la apreciación de este concepto debe tener en cuenta el carácter propio que en el Derecho de la Unión tienen los límites fijados por esta disposición a las excepciones permitidas al principio de libertad de establecimiento, con el fin de evitar que la eficacia del Tratado en materia de libertad de establecimiento quede desvirtuada por disposiciones unilaterales adoptadas por los Estados miembros (véanse, en este sentido, las sentencias *Reyners*, antes citada, apartado 50; Comisión/Grecia, antes citada, apartado 8, y de 22 de octubre de 2009, Comisión/Portugal, C438/08, Rec. p. 110219, apartado 35).

Es también jurisprudencia reiterada que el artículo 45 CE, párrafo primero, constituye una excepción a la regla fundamental de la libertad de establecimiento y que, como tal, esta excepción debe interpretarse de tal modo que quede limitado el alcance de dicho artículo a lo estrictamente necesario para salvaguardar los intereses cuya protección les está permitida a los Estados miembros por esta disposición (sentencias Comisión/Grecia, antes citada, apartado 7; Comisión/España, antes citada, apartado 34; de 30 de marzo de 2006, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, C451/03, Rec. p. 12941, apartado 45; de 29 de noviembre de 2007, Comisión/Austria, C393/05, Rec. p. 110195, apartado 35, y Comisión/Alemania, C404/05, Rec. p. 110239, apartados 37 y 46, así como Comisión/Portugal, antes citada, apartado 34). Asimismo, el Tribunal de Justicia ha declarado en repetidas ocasiones que la excepción contemplada en el artículo 45 CE, párrafo primero, debe circunscribirse a aquellas actividades que, consideradas en sí mismas, estén directa y específicamente relacionadas con el ejercicio del poder público (sentencias, antes citadas, *Reyners*, apartado 45; *Thijssen*, apartado 8; Comisión/España, apartado 35; *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, apartado 46; Comisión/Alemania, apartado 38, y Comisión/Portugal, apartado 36).

A este respecto, el Tribunal de Justicia tuvo ocasión de declarar que no se encuentran comprendidas en la excepción establecida en el artículo 45 CE, párrafo primero, determinadas actividades auxiliares o preparatorias respecto de las ejercidas por el poder público (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, *Thijssen*, apartado 22; Comisión/España, apartado 38; *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, apartado 47; Comisión/Alemania, apartado 38, y Comisión/Portugal, apartado 36), o ciertas actividades cuyo ejercicio, aunque implique mantener contactos, incluso regulares y orgánicos, con autoridades administrativas o judiciales y hasta una colaboración obligatoria en su funcionamiento, deja intactas las facultades de apreciación y de decisión de dichas autoridades (véase, en este sentido, la sentencia *Reyners*, antes citada, apartados 51 y 53), o determinadas actividades que no implican el ejercicio de facultades decisorias (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, *Thijssen*, apartados 21 y 22; de 29 de noviembre de 2007, Comisión/Austria, apartados 36 y 42; Comisión/Alemania, apartados 38 y 44, y Comisión/Portugal, apartados 36 y 41), de poderes coercitivos (véase, en este sentido, en particular, la sentencia Comisión/España, antes citada, apartado 37), o de poderes de compulsión (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de septiembre de 2003, *Anker y otros*, C47/02, Rec. p. 110447, apartado 61, y Comisión/Portugal, antes citada, apartado 44).

### 3.2.5. Discriminaciones indirectas: la lengua y otros requisitos de impedimento en el acceso al empleo público o al desempeño de cargos públicos de nacionales de otros estados miembros

La prohibición por discriminación también alcanza a la exigencia de otros requisitos que, como la lengua<sup>49</sup>, o la experiencia profesional<sup>50</sup>, suponen una barrera de hecho al acceso a un empleo público de un país miembro cuando no sea legítimo ni proporcionado<sup>51</sup>. Y lo mismo puede decirse de la exigencia de nacionalidad para el desempeño de un cargo electivo en una Corporación pública que ejerce potestades públicas dado que la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 16 de septiembre de 2004 (asunto C-465/01) declaró que, en efecto, de las sentencias ASTI I y ASTI II resulta que es contraria al principio fundamental de no discriminación por razón de la nacionalidad, una normativa nacional que niegue a los trabajadores nacionales de otros Estados miembros el derecho a voto o el de elegibilidad en las elecciones celebradas en organismos como las Cámaras profesionales a los que los interesados estén afiliados obligatoriamente y tengan que cotizar, encargadas de la defensa y representación de los intereses de los trabajadores, a pesar de que dichas Cámaras

49 El derecho a exigir un determinado nivel de conocimiento de una lengua en función de la naturaleza del puesto de trabajo no puede menoscabar la libre circulación de trabajadores. Las exigencias derivadas de las medidas enfocadas a ejercerlo no deben ser desproporcionadas, en ningún caso, en relación con el fin perseguido y sus modalidades de aplicación no deben suponer discriminación alguna en detrimento de nacionales de otros Estados miembros (véase, en este sentido, la sentencia Groener, C379/87, EU:C:1989:599, apartado 19).

La más reciente STJUE de 5 de febrero de 2015 asunto C317/14 aclara respecto de este requisito:

26 En el presente asunto, es preciso reconocer que puede ser legítimo exigir, en un concurso organizado con el fin de proveer un puesto en un servicio local, es decir, en una entidad concesionaria de un servicio público o encargada de una función de interés general en el territorio de un municipio, que los candidatos dispongan de conocimientos de la lengua de la región en la que se encuentra el municipio en cuestión de un nivel adecuado a la naturaleza del puesto que se ha de proveer. Puede considerarse, en efecto, que un puesto en ese tipo de servicios requiere una aptitud para comunicarse con las autoridades administrativas locales y, en su caso, con el público.

27 En tal supuesto, la posesión de un título que acredite la superación de un examen de lengua puede constituir un criterio que permita evaluar los conocimientos lingüísticos exigidos (véase, en este sentido, la sentencia Angonese, EU:C:2000:296, apartado 44).

28 Sin embargo, el hecho de exigir, como se establece en las Leyes coordinadas, que un candidato en un proceso de selección aporte la prueba de sus conocimientos lingüísticos mediante la presentación de un único tipo de certificado, que sólo expide un único organismo belga encargado, a estos efectos, de organizar los exámenes de lengua en el territorio belga, puede considerarse desproporcionado en relación con los objetivos perseguidos, a la vista de los imperativos de la libre circulación de trabajadores

50 La STJUE de 12 de mayo de 2005 (Asunto C-278/03) aclaró que la experiencia profesional adquirida por estos nacionales en actividades docentes, según que tales actividades se hayan ejercido en el territorio nacional o en otros Estados miembros, al no tener en cuenta o, al menos, al no tener en cuenta de manera idéntica, a efectos de la participación de los nacionales comunitarios en los procedimientos de selección resultaba discriminatoria.

51 De esta forma, la STJUE de 6 de octubre de 2015 (asunto C-298/14) declaró que el artículo 45 TFUE debe interpretarse en el sentido de que impide que, en circunstancias tales como las del litigio principal, al examinar la solicitud de inscripción en una oposición para la selección de letrados de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro presentada por un nacional de ese Estado, el tribunal calificador de la oposición supedita la inscripción a la posesión de los títulos exigidos por la legislación de dicho Estado miembro o al reconocimiento de la equivalencia académica de un título de máster expedido por una universidad de otro Estado miembro, sin tomar en consideración todos los diplomas, certificados y otros títulos del interesado, así como su experiencia profesional pertinente, efectuando una comparación entre las cualificaciones profesionales que esos títulos y esa experiencia acreditan y las exigidas por dicha legislación. No siendo, por tanto, aplicable lo dispuesto en el artículo 45 apartado 4.

tengan la naturaleza de corporaciones de Derecho público con arreglo al Derecho nacional y ejerzan una función consultiva en el ámbito legislativo.

## 4. LOS EMPLEOS PRIVADOS QUE EJERCEN FUNCIONES PÚBLICAS

Por último, y para concluir, hemos de referirnos a aquellos supuestos en que el titular del puesto de trabajo no es estrictamente un funcionario público ni las funciones que se desarrollan están reservadas, en cuanto a su ejercicio, a la Administración pública pero que sí pueden ser consideradas ejercicio del poder público.

Hasta aquí, y a propósito de los análisis realizados, hemos podido comprobar como, en supuestos como los de ejercicio de responsabilidades en buques o en puertos, el Tribunal no ha dudado en prohibir cualquier discriminación por razón de nacionalidad a pesar de reconocer que se trataba de funciones que, si bien en opinión del Tribunal eran residuales respecto de las funciones básicas y principales, implicaban el ejercicio de potestades públicas. Pues bien, y a la vista de los distintos pronunciamientos emitidos, dicho proceder se ha mantenido de forma constante en la jurisprudencia del Tribunal.

Los supuestos, dadas las características de los mismos, se han producido a propósito de la libertad de establecimiento fundamentalmente, pero sin duda los razonamientos nos son útiles a fin de delimitar el objeto de nuestro estudio<sup>52</sup>. Así ha sucedido al supeditar la concesión de la autorización para ejercer actividades de seguridad privada al requisito de nacionalidad<sup>53</sup>, aunque el caso prototí-

52 Es cierto que, en varias sentencias, el Tribunal de Justicia ha interpretado el artículo 39 CE, apartado 4, de modo que concuerde con el artículo 45. En la sentencia Comisión/Italia (Sentencia de 16 de junio de 1987 (225/85, Rec. p. 2625), apartado 10; véase también la sentencia de 17 de diciembre de 1980, Comisión/Bélgica (149/79, Rec. p. 3881), apartados 10 y 11) donde, por ejemplo, el Tribunal de Justicia señaló que la excepción se aplicaba a las funciones «que suponen el ejercicio del poder público o la defensa de los intereses generales del Estado». No obstante, lo cierto es que el artículo 39, apartado 4, está expresamente limitado a «los empleos en la administración pública». El Tribunal de Justicia ha interpretado que esta frase no incluye a todos los empleos públicos. Por tanto, a fortiori, no es concebible que abarque el empleo al servicio de una persona física o jurídica privada, cualesquiera que sean las funciones del empleado.

53 Bien es cierto que, ya se ha mencionado, se han dado otros supuestos como el de la seguridad privada. Las sentencias de 29 de octubre de 1998, Comisión/España (C114/97, Rec. p. I-6717), y de 9 de marzo de 2000, Comisión/Bélgica (C-355/98, Rec. p. I-1221) declararon el incumplimiento de los artículos 39 CE, 43 CE y 49 CE, ya que el Tribunal de Justicia rechazó la tesis de que las empresas de seguridad privada formaran parte de la administración pública y, seguidamente, examinó si su actividad implicaba un ejercicio del poder público. Señaló, a estos efectos, que la excepción referida a las actividades relacionadas con el ejercicio del poder público debe limitarse a lo estrictamente necesario para salvaguardar los intereses cuya protección está permitida a los Estados miembros y que, por su parte, las actividades deben estar relacionadas directa y específicamente con el ejercicio del poder público. Indicó que las empresas de seguridad privada y su personal llevan a cabo las misiones de vigilancia y protección sobre la base de relaciones jurídico-privadas. Carecen de poderes coercitivos, si bien pueden ser requeridas a contribuir al mantenimiento de la seguridad pública, al igual que cualquier individuo. Al asistir a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, cumplen únicamente una función auxiliar. Por consiguiente, la excepción no podía aplicarse.

pico ha sido el de los notarios y, en concreto, la respuesta a la pregunta de si la actividad de autenticación forma parte del ámbito negativo de la libertad de establecimiento.

Como reconocía el Abogado General Cruz Villalón en sus conclusiones presentadas el 14 de septiembre de 2010, resulta “obvio que el notario no ejerce coacción, ni impone unilateralmente obligación alguna. Pero no es éste, como se ha visto, el único criterio determinante de la cualidad de poder público. La autenticación confiere carácter público a actos de particulares, en el sentido de que les confiere anticipadamente un valor jurídico que, de no mediar su intervención, los particulares necesariamente habrían de solicitar de (otro) poder público para hacerlos efectivos con arreglo a Derecho. Se trata, si se quiere, de un poder público que se desenvuelve en el terreno ya más próximo al de los particulares, que es por antonomasia el de la autonomía de la voluntad. Pero su dimensión pública es incontestable si se atiende a su capacidad para convertir en público lo meramente privado y dotarlo, así, de la fuerza inherente al poder público”.

Ahora bien, el Tribunal ha especificado que una «actividad» no es sinónimo de una «profesión». Por tanto, el que una actividad constituya una participación en el ejercicio del poder público, no supone *per se* que los artículos 43 y 45.1 CE se proyecten sobre todas las demás actividades que desempeña el profesional en cuestión. Este razonamiento ha llevado al Tribunal de Justicia a afirmar que sólo en los casos en que las actividades de poder público sean inseparables de las restantes, se podrá reducir el alcance y aplicabilidad de los artículos 43 y 45.1 CE respecto de una profesión completa. Tal como declaró en la ya reiteradamente citada sentencia *Reyners*, no se puede admitir un pronunciamiento sobre la totalidad de la profesión «cuando, en el marco de una profesión independiente, las actividades que estén eventualmente relacionadas con el ejercicio del poder público constituyan un elemento separable del conjunto de la actividad profesional de que se trate»<sup>54</sup>.

De esta forma, la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 24 de mayo de 2011 (Asunto C-47/08), atendiendo a dichas consideraciones y tras analizar las distintas funciones que el Notario llevaba a cabo en el ordenamiento jurídico belga, concluyó que las mismas no están relacionadas con el ejercicio del poder público en el sentido del artículo 45 CE, párrafo primero y, en consecuencia, declaró que el requisito de nacionalidad exigido por la normativa belga para acceder a la profesión notarial constituye una discriminación por razón de nacionalidad prohibida por el artículo 43 CE.

A este respecto, el Tribunal de Justicia tuvo ocasión de declarar que no se encuentran comprendidas en la excepción establecida en el artículo 45 CE, párrafo primero, determinadas actividades auxiliares o preparatorias respecto de las ejercidas por el poder público (véanse, en este sentido, las sentencias *Thijssen*, apartado 22; *Comisión/España*, apartado 38; *Servizi Ausiliari Dottori*

---

<sup>54</sup> En efecto, la profesión de abogado, la docencia o la dirección de centros privados de enseñanza, la gestión de sistemas informáticos para administraciones públicas, los auditores de seguros, la inspección técnica de vehículos, la venta de apuestas y loterías, la seguridad privada, los servicios públicos de socorro, o los organismos de control de los productos de agricultura ecológica; todas estas actividades, entre otras, han pasado por el escrutinio del Tribunal de Justicia, y en todos los casos se descartó que fueran actividades ligadas al ejercicio del poder público en el sentido del artículo 45.1 CE.

Commercialisti, apartado 47; Comisión/Alemania, apartado 38, y Comisión/Portugal, apartado 36), o ciertas actividades cuyo ejercicio, aunque implique mantener contactos, incluso regulares y orgánicos, con autoridades administrativas o judiciales y hasta una colaboración obligatoria en su funcionamiento, deja intactas las facultades de apreciación y de decisión de dichas autoridades (véase, en este sentido, la sentencia Reyners, apartados 51 y 53), o determinadas actividades que no implican el ejercicio de facultades decisorias (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Thijssen, apartados 21 y 22; de 29 de noviembre de 2007, Comisión/Austria, apartados 36 y 42), de poderes coercitivos (véase, en este sentido, en particular, la sentencia Comisión/España, apartado 37), o de poderes de compulsión (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de septiembre de 2003, Anker y otros, C47/02, Rec. p. I10447, apartado 61).

## 5. CONCLUSIONES

Los dos ámbitos más relevantes del ordenamiento de la Unión Europea para el régimen de los empleados públicos están vinculados a la libre circulación en el mercado único y a la armonización de las legislaciones sociales presididos ambos por el principio de no discriminación como hemos podido apreciar recientemente a propósito de la igualdad de condiciones de trabajo entre los trabajadores en el empleo público.

Y es que, los empleados públicos también son destinatarios de las libertades económicas fundamentales que les permiten condiciones de movilidad en un espacio europeo único lo que se traduce en que ya se trate del acceso al empleo (incluido el público), el reconocimiento de diplomas o las experiencias profesionales de los empleados públicos no pueden limitarse por razón de la nacionalidad o por tratarse de un empleado público de otro Estado miembro. Y mucho menos acudiendo a conceptos que, como la Administración pública, presentan un radio de acción distinto en cada país.

De esta forma, y como acontece en otros sectores de acción comunitaria incluidas en la competencia de las instituciones europeas, para la comprensión del concepto comunitario de Administración Pública, y en consecuencia saber qué supuestos han de ser delimitados como empleos públicos *stricto sensu* a los efectos de aplicación de excepciones a las libertades consagradas en los Tratados, se ha de partir de dos premisas: la primera premisa consiste en que el Derecho comunitario no parte de que las Administraciones Públicas o los sujetos públicos sean o deban ser una categoría unitaria; la segunda premisa se refiere a que el Derecho comunitario no conoce un único concepto, sino que, sector por sector y en atención a los objetivos que persigue, tiene una específica noción de Administración Pública.

La explicación a dicha diversificación del concepto responde a diversas razones: en primer término, que la estructura de la Unión Europea no responde a los criterios tradicionales de la división de poderes; en segundo lugar, por el papel que juega en el ordenamiento europeo el principio de autonomía institucional de los Estados miembros; y, por último, por la prevalencia de un concepto funcional no unitario de Administración Pública a fin de hacer efectivas las libertades comunitarias.

De esta forma, se pueden detectar en varios sectores una diversificación del concepto Administración pública atendiendo a la finalidad y el consiguiente efecto útil de la legislación comunitaria y a la efectiva realización de las libertades protegidas por ésta (contratación pública, empleo público, ayudas de Estado, etc.) que en el caso concreto del que nos hemos ocupado se refiere a la libertad de circulación de trabajadores.

En este sentido, es preciso resaltar, tras el estudio realizado, que la evolución hacia una apertura de las Administraciones internas a los ciudadanos comunitarios no ha sido lineal ni continua e, inclusive como se ha dado cuenta, la doctrina ha significado distintas fases en su evolución. Es más, y atendiendo a lo expuesto, se puede decir que, en gran medida, se ha plasmado al albur de condicionantes políticos y económicos de carácter histórico, con una directa traducción en términos de soberanía, que han sido determinantes para delimitar el ámbito de actuación de las Administraciones públicas y su correlativo papel de estructura representativa de los Estados en su vertiente externa.

Lo cierto es que la efectiva plasmación de las libertades comunitarias, y muy señeramente la libertad de circulación de trabajadores, fue determinante para proceder a delimitar funcionalmente los conceptos de "Administración pública" y "empleos públicos". Una aplicación uniforme del Derecho Europeo, y lo que resulta muy relevante como ya se ha señalado su efecto útil, demandaba necesariamente esa forma de proceder del Tribunal de Justicia y, tras la reiterada posición de la Comisión y de éste en pos de ese objetivo, los Estados miembros se han visto compelidos a adaptar su legislación interna a los criterios emanados de la jurisprudencia comunitaria como será objeto de estudio en un siguiente capítulo. Debemos de añadir, y como se ha puesto de manifiesto a lo largo de este estudio, que no sin cierta resistencia.

Sin embargo, y progresivamente, el Tribunal a través de múltiples sentencias ha delimitado un concepto, de acuerdo con la doctrina consolidada emitida por éste, consistente en considerar como empleo público aquella actividad cuya exteriorización implica la participación, directa o indirecta, en el ejercicio del poder público y, en forma cumulativa, el desarrollo de las tareas que tengan por objeto la tutela de los intereses generales del Estado y de las demás entidades públicas y que, por ello, suponen, por parte de sus titulares, la existencia de una relación particular de solidaridad con el Estado, así como la reciprocidad de derechos y deberes que son el fundamento del vínculo de nacionalidad.

Pero inclusive, y aún dándose las circunstancias referidas, un empleo únicamente estará comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 45 TFUE, apartado 4, cuando el ejercicio del poder público en aras del interés general constituya la función básica de dicho cargo y, por tanto, no se trate de una función meramente residual o de ejercicio ocasional.

## 6. BIBLIOGRAFÍA CITADA

Arroyo Jiménez, L., "El Derecho Administrativo Europeo como sistema", *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, Vol. 1, 2020.

Calonge Velázquez, A., "El concepto de administración pública en la Unión Europea: administración pública nacional y administración pública comunitaria", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 19, 2010.

## LIMITACIONES A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES: Especial referencia al concepto de función pública

- Dashwood, A. y otros, *Wyatt and Dashwood's European Union Law*, Hart Publishing, Oxford y Portland, (6ª ed.), 2011.
- Denizeau-Lahaye, VV.AA. (Amilhat, M. Dir.), *Les concepts fondateurs et les principes directeurs du droit administratif européen*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2021.
- Druesne, G., "La liberté de circulation des personnes dans la CEE et les "emplois dans l'administration publique" (sur un arrêt du 17 décembre 1980 de la Cour de justice des Communautés européennes)", *Revue trimestrielle de droit européen*, núm. 2, 1981.
- Fernández Lozano, E., "El acceso a las funciones públicas nacionales por los ciudadanos de la Unión Europea", *Autonomías*, núm. 25, 1999.
- Fuentetaja Pastor, J.A., "La libre circulación de empleados públicos", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 5, 2003.
- Gómez Muñoz, J.M., "La libertad de circulación de trabajadores en el empleo público", Consejo Económico y Social (España), 1996.
- Handoll, J., "Article 48(4) EEC and No-National Access to Public Employment", *European Law Review*, núm.13, 1988.
- Millán Moro, L., "Algunas limitaciones a la libre circulación de personas en el Tratado CEE", *Gaceta Jurídica de la CE*, D-9, 1988.
- Mir Puigpelat, O., "La codificación del procedimiento administrativo en la unión administrativa europea", en AAVV (Velasco Caballero, F. y Scheider, J.P. coord.), *La Unión Administrativa Europea*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008
- Monereo Pérez, J.L., "La libre circulación de trabajadores en las Administraciones Públicas de los países comunitarios. A propósito del Proyecto de Ley sobre el acceso a determinados sectores de la Función pública de los nacionales de los demás Estados miembros de la Comunidad Económica Europea", *Relaciones laborales*, Sección Doctrina, Editorial La Ley, tomo 1, 1994.
- Monereo Pérez, J.L. y Vida Soria, J., *La condición de nacionalidad en el acceso del personal a los empleos públicos*, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1991.
- Monereo Pérez, J.L. y Ortega Lozano, P.G., "La libre circulación de trabajadores nacionales de los Estados miembros: discriminación por razón de nacionalidad e igualdad de condiciones laborales", *La Ley Unión Europea*, núm. 51, 29 de septiembre de 2017.
- Noguera López, A., "La jurisprudencia del TJCE en materia de acceso a empleos en la administración pública de ciudadanos comunitarios", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 39, 1994.
- Schmidt- Assman, E., "Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del derecho administrativo", en AAVV (Barnés, J. coord.), Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos, *Innovación y reformas en el derecho administrativo*, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2006.



# ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

REJLSS

**REJLSS**

Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social  
noviembre - abril 2023 - núm 6 ISSN-e: 2660-437X

## EL DESPIDO POR CORREO ELECTRÓNICO Y LA VALIDEZ DEL MEDIO DIGITAL COMO PRUEBA EN EL PROCESO SOCIAL: Comentario a la STSJ de las Islas Canarias/Tenerife de 18/11/2022, rec. nº. 388/2022

DISMISSAL BY EMAIL AND THE VALIDITY OF DIGITAL MEDIA AS EVIDENCE IN THE SOCIAL PROCESS: Comment to the Court Ruling of the Canary Islands/Tenerife 11/18/2022, rec. nº. 388/2022

---

**Daniel Toscani Giménez**

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

*Universidad de Valencia*

*Of Counsel de Alentta Abogados*

[daniel.toscani@uv.es](mailto:daniel.toscani@uv.es) ORCID [0000-0003-1460-4801](https://orcid.org/0000-0003-1460-4801)

*Recepción de trabajo: 11-02-2023 - Aceptación: 13-03-2023 - Publicado: 22-03-2023*

*Páginas: 318-325*

■ 1. INTRODUCCIÓN. ANTECEDENTES DE HECHO. ■ 2. LA FORMA DEL DESPIDO. LA COMUNICACIÓN DE LA CARTA DE DESPIDO. ■ 3. LA VALIDEZ DE LA PRUEBA DIGITAL EN EL PROCESO LABORAL. ■ 4. CONCLUSIONES. ■ 5. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

## RESUMEN

Debido a las nuevas tecnologías cada vez es más frecuente en el entorno del trabajo la aportación de pruebas de origen digital o electrónico con la finalidad de acreditar determinados hechos o incumplimientos laborales cometidos tanto por los empleados como por las propias empresas (prueba digital).

Sin embargo, se suscita la pregunta o incógnita acerca de la base legal suficiente para considerar estas pruebas como válidas o eficaces como medio de prueba en un juicio laboral, y en caso afirmativo, cuál será la forma correcta de aportar judicialmente estos documentos electrónicos para que adquieran pleno valor probatorio en el proceso judicial. La STSJ de las Islas Canarias de 11/18/2022 plantea la posibilidad de comunicar la finalización del contrato al trabajador a través de un correo electrónico y por lo tanto, en la práctica, plantea la validez de dicho medio como prueba en el juicio social.

**PALABRAS CLAVE:** prueba digital, correo electrónico, despido, fin de contrato.

## ABSTRACT

Due to new technologies, it is increasingly common in the work environment to provide evidence of digital or electronic origin in order to prove certain acts or labour breaches committed by both employees and the companies themselves (digital evidence). However, the question arises about the sufficient legal basis to consider this evidence as valid or effective as a means of proof in a labour trial, and if so, what will be the correct way to judicially provide these electronic documents so that they acquire full evidential value in the judicial process. The Court Ruling of the Canary Islands 11/18/2022 raises the possibility of communicating the termination of the contract to the employee through an email and therefore, in practice, raises the validity of these means as evidence in the social trial.

**KEYWORDS:** digital evidence, email, dismissal, termination of the contract.

## 1. INTRODUCCIÓN. ANTECEDENTES DE HECHO

De acuerdo con la versión del trabajador, presentó el día 10 de septiembre de 2020 demanda frente al despido de la empresa, ya que el día 25 de julio de 2020 recibió un mensaje de texto de la Tesorería General de la Seguridad Social informándole que había sido dado de baja, sin recibir comunicación alguna de la empresa, estimando ante ello que se había producido un despido improcedente, reclamando aparte de ello cantidades que consideraba pendientes en concepto de salarios, parte proporcional de pagas extras, y liquidación de vacaciones. Solicita que se dicte sentencia por la que se declarase improcedente el despido y se condenara además a la empresa al pago de 1.864,49 euros, con el 10% de interés por mora, más las costas. Por su parte, la empresa, se defiende planteando en primer lugar caducidad de la acción, porque alega que al trabajador se le había comunicado por medio de correo electrónico, el medio por el que también se le entregaban las nóminas, el 9 de julio de 2020 la finalización de su contrato por fin del servicio, causando baja en esa misma fecha, no presentándose la papeleta de conciliación hasta el 20 de agosto, y la comunicación de la Tesorería General de la Seguridad Social debió haberse remitido el mismo día 9 de julio, no el 25 de julio como se afirmaba en la demanda. También se opuso a la reclamación de cantidad, indicando que al actor se le abonaba una mejora voluntaria, y con ese concepto se le había pagado al actor mayor importe que el reclamado en la demanda; también alegó que el preaviso no se había reclamado en la papeleta de conciliación.

De este modo del relato de las antecedentes de hecho queda demostrado que la empresa demandada se comunicaba con sus trabajadores a través de correo electrónico de forma habitual.

El 9 de julio de 2020 a las 14:40 horas la empresa demandante envía a través del correo electrónico del trabajador, comunicación de extinción de la relación laboral por finalización de la obra a la que estaba adscrito con efectos del día 9 de julio de 2020. En la misma fecha 09/07/2020, la Tesorería General de la Seguridad Social procedió a reconocer la baja del trabajador en el Régimen General de la Seguridad Social, por causa de fin de contrato.

## 2. LA FORMA DEL DESPIDO. LA COMUNICACIÓN DE LA CARTA DE DESPIDO

Los arts. 55 del ET y 108 de la LRJS, configuran “Ad solemnitatem” la forma escrita del despido o más bien de la comunicación del despido al trabajador para que tenga validez con referencia explícita a los hechos concretos en que se basa el despido y la fecha de efectividad del mismo. Sin embargo, acto seguido, la doctrina jurisprudencial ha establecido que, pese a incumplir las formalidades exigidas por el Estatuto de los Trabajadores, la comunicación verbal es eficaz, habida cuenta que

los requisitos formales no constituyen impedimento alguno para que se haga efectiva la extinción contractual, sino que únicamente influyen en la posterior calificación judicial del acto extintivo. Lo mismo ocurre con los despidos tácitos. Por lo tanto, se admite que a pesar de incumplir los requisitos formales del art. 55, el despido, no obstante, tenga eficacia a efectos de extinguir la relación laboral si el trabajador no actúa contra el mismo, demandando en el plazo de los 20 días hábiles siguientes, la acción del despido caducaría y el despido se convertiría en firme<sup>1</sup>. Por lo tanto, lo mismo ocurriría con un despido realizado por correo electrónico o cualquier otro medio digital. Como mínimo el trabajador tendría que demandar el despido efectuado por correo para que no caducara la acción de despido y se extinguiera definitivamente la relación laboral.

Es cierto que el caso del supuesto de hecho de la sentencia se trata de una comunicación de la finalización de un contrato temporal, donde no existen la exigencia de los requisitos formales que requiere el despido como figura extintiva distinta. Así la sentencia estima que, en todo caso, consta probado que el 9 de julio de 2020 se envió por la empresa un mensaje de correo electrónico en el que, como documento adjunto, se acompañaba la comunicación de fin de contrato; que ese correo electrónico era el medio habitual de comunicación entre las partes y que el 9 de julio fue cuando se tramitó la baja del trabajador en la Tesorería General de la Seguridad Social. No constando en cambio ni que el trabajador siguiera prestando servicios hasta el 25 de julio (esa continuidad en la prestación de servicios podría indicar desconocimiento efectivo de la extinción del contrato), ni que no fuera hasta el 25 de julio cuando el demandante recibió notificación de la Tesorería General de la Seguridad Social informándole de su baja, cuando este tipo de notificaciones suelen hacerse al siguiente día hábil de la fecha de baja. Ante todo lo cual, la juzgadora ha podido concluir que el demandante sí que sabía desde el 9 de julio de 2020 que su contrato se había extinguido, conclusión que es razonable a la vista de las pruebas y demás elementos de convicción, porque la acreditación de tal conocimiento por parte del trabajador puede hacerse por la empresa a través de cualquier medio de prueba admitido en Derecho, y legalmente no se establece forma específica alguna de acreditar la recepción, no pudiendo limitarse tal acreditación, como pretende el recurrente, a recibos firmados por el actor o medios de prueba que cuenten con análoga fehaciencia entendida como “prueba plena”, sino que puede acudir a otros medios de prueba como testificales e incluso prueba indiciaria. Lo que exige la jurisprudencia es claridad y certeza sobre los hechos constitutivos de la caducidad, que los mismos se hayan considerado acreditados y no sean dudosos, pero no impone que la certeza del órgano de instancia se alcance solo a través de determinados medios probatorios.

De este modo, habiéndose considerado probado que la extinción del contrato se produjo el 9 de julio de 2020, y que el demandante a esa fecha era conocedor de tal extinción, la acción de despido estaría, como se ha concluido en instancia, caducada, pues el primer acto con efecto de suspensión del plazo de caducidad que consta probado es la presentación de la papeleta de conciliación el 20 de agosto de 2020, al trigésimo día hábil siguiente de haber finalizado el contrato, habiéndose cumplido con creces a esa fecha el plazo marcado en el artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores. El recurso, por todo lo expuesto, ha de ser desestimado.

<sup>1</sup> STS de 6 de mayo de 2012, nº. rec. 562/2013.

Bien, como ya se ha dicho, aun cuando el supuesto de hecho trata de una finalización del contrato de trabajo temporal, forma extintiva al despido, que no requiere de los requisitos formales del art. 55 del ET, no obstante, la falta de dichos requisitos en todo caso se debe constatar en sede judicial. Por lo tanto el trabajador no se puede limitar a ignorar un despido verbal o realizado a través de un correo electrónico, sino que si le consta lo debe demandar en el plazo de 20 días hábiles y para que le conste, como dice la sentencia, porque la acreditación de tal conocimiento por parte del trabajador puede hacerse por la empresa a través de cualquier medio de prueba admitido en Derecho, y legalmente no se establece forma específica alguna de acreditar la recepción, no pudiendo limitarse tal acreditación, como pretende el recurrente, a recibos firmados por el actor o medios de prueba que cuenten con análoga fehaciencia entendida como “prueba plena”, sino que puede acudir a otros medios de prueba como testificales e incluso prueba indiciaria. Lo que exige la jurisprudencia es claridad y certeza sobre los hechos constitutivos de la caducidad, que los mismos se hayan considerado acreditados y no sean dudosos, pero no impone que la certeza del órgano de instancia se alcance solo a través de determinados medios probatorios.

### 3. LA VALIDEZ DE LA PRUEBA DIGITAL EN EL PROCESO LABORAL

Lo que nos lleva al punto de que una vez demandado por el trabajador el despido realizado por la empresa a través de un correo electrónico o cualquier otro medio digital, si este medio digital tiene validez como prueba en el juicio.

Efectivamente, debido a las nuevas tecnologías cada vez es más frecuente en el entorno del trabajo la aportación de pruebas de origen digital o electrónico con la finalidad de acreditar determinados hechos o incumplimientos laborales cometidos tanto por los empleados como por las propias empresas (prueba digital).

Sin embargo, se suscita la pregunta o incógnita acerca de la base legal suficiente para considerar estas pruebas como válidas o eficaces como medio de prueba en un juicio laboral, y en caso afirmativo, cuál será la forma correcta de aportar judicialmente estos documentos electrónicos para que adquieran pleno valor probatorio en el proceso judicial.

En la práctica es cada vez más frecuente la aportación de capturas de pantalla, también denominados “pantallazos”, de distintas páginas web de Internet de Redes Sociales o de comunicaciones electrónicas, como correos electrónico, con la intención de probar determinados hechos en el acto de juicio. Así como la aportación a juicio de grabaciones de hechos llevados a cabo por los trabajadores como base para posibles sanciones o despidos.

Algunos autores<sup>2</sup> señalan que la mayor parte de la información digital que se utiliza como prueba en los procesos judiciales carecen del rigor suficiente para ser calificados legalmente como documento digital.

---

2 Puyol Capilla, P., *La nueva prueba documental en la era digital*, Sepin, Madrid, 2014.

Tanto la ley 36/2011 Reguladora de la Jurisdicción Social como subsidiariamente la ley 1/2000 De Enjuiciamiento Civil (LEC), si bien no regulan expresamente el concepto de documento o prueba electrónica, sí contemplan su aportación a través de medios, procedimientos o instrumentos que permitan archivar conocer y reproducir la información digital (arts. 299.2 y 384.3 LEC). Por su parte y concretamente en el ámbito procesal laboral, la ley reguladora de la jurisdicción social admite que las partes en el proceso, previa justificación de la utilidad y pertinencia de las diligencias propuestas, puedan servirse de cuantos medios de prueba se encuentren regulados en la ley para acreditar los hechos controvertidos o necesidades de prueba incluido los procedimientos de reproducción de la palabra, de la imagen, del sonido o de archivo y reproducción de datos, que deberán ser aportados por medio de soporte adecuado y poniendo a disposición del órgano judicial los medios necesarios para su reproducción y posterior constancia en autos artículo 90<sup>3</sup>.

Esta normativa procesal nos lleva a concluir que estamos ante medios de prueba autónomos y aunque se aporten en formato papel, pantallazos, transcripciones, no tienen valor de prueba documental en sentido estricto siguiendo así el camino marcado por la famosa sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 2011 que negó tal carácter a las transcripciones de las pruebas vídeográficas<sup>4</sup>.

Efectivamente como medida de prueba distinto en el artículo 94 de la ley reguladora de la jurisdicción social, se regula la prueba documental que, asimismo, aparece bajo el titular "documentos privados" en el artículo 291.1.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que es un hecho esencial pues solo la prueba documental junto a la pericial es susceptible de revisión por el tribunal "a quo" y poseen virtualidad para revisar los hechos probados en un eventual recurso de suplicación de acuerdo con el artículo 193. B) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Recordemos que los medios de prueba admitidos son los listados en los artículos 90 y siguientes de la LRJS: documentos públicos, documentos privados, pericial, testifical, interrogatorios o incluso el reconocimiento judicial. Por lo tanto, en puridad, se podría considerar que un correo electrónico, una conversación de WhatsApp, un pantallazo, encuentran su encaje en la prueba de soportes o instrumentos artículo 90.1 de la LRJS y 384 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Aunque en algunos casos se ha llegado a calificar como documento privado, Sentencia Tribunal Superior de justicia de Cataluña de 11 de noviembre de 2013 o Sentencia Tribunal Superior de justicia de Aragón de 17 de noviembre de 2010, con carácter general los correos electrónicos, a pesar de que se aporten en formato papel o incluso incorporados a un acta notarial, no por ello se convierten en un documento salvo en casos excepcionales: Sentencia Tribunal Superior justicia de Cataluña de 16 de octubre de 2015 y 18 de julio de 2016 atendiendo a la dificultad probatoria del demandante<sup>5</sup>.

3 Rojas, R., "La prueba digital en el ámbito laboral", *Blog Laboral 3.0, Blog de Derecho Laboral y nuevas tecnologías* y Nores Torres, L.E., "Algunos puntos críticos sobre la repercusión de las redes sociales en el ámbito de las relaciones laborales: aspectos individuales, colectivos y procesales", *Revista de Información Laboral*, núm. 7, 2016, págs. 17 a 18.

4 Vidal López, P., "La prueba digital en el procedimiento laboral", *Legal Today*, 2019.

5 Vidal López, P., "La prueba digital en el procedimiento laboral", *Legal Today*, 2019; y Nores Torres, L.E., "Algunos puntos críticos sobre la repercusión de las redes sociales en el ámbito de las relaciones laborales: aspectos individuales, colectivos y procesales", *Revista de Información Laboral*, núm. 7, 2016, págs. 17 a 18.

Siguiendo las consideraciones efectuadas por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 28 de enero de 2016, para que se puedan aceptar como documento los pantallazos o correos electrónicos se establecen cuatro supuestos:

- a. cuando la parte interlocutora de la conversación no impugna la misma.
- b. cuando reconoce expresamente dicha conversación y su contenido.
- c. cuando se compruebe su autenticidad mediante el cotejo con otro terminal implicado.
- d. Finalmente, cuando se practique prueba pericial que acredite la autenticidad y envío de la conversación para un supuesto diferente de los anteriores.

Por su parte, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 19 de mayo de 2015, indicó que *“la prueba de una comunicación bidireccional mediante cualquiera de los múltiples sistemas de mensajería instantánea debe ser abordada con todas las cautelas. La posibilidad de una manipulación de los archivos digitales mediante los que se materializa ese intercambio de ideas forma parte de la realidad de las cosas. El anonimato que autorizan tales sistemas y la libre creación de cuentas con una identidad fingida, hacen perfectamente posible aparentar una comunicación en la que un único usuario se relaciona consigo mismo”*.

## 4. CONCLUSIONES

Por lo tanto, a mi modo de ver, la sentencia que analizamos presenta dos puntos destacables, siendo el segundo especialmente novedoso. Primero, como no podía ser de otro modo, admite la validez de la comunicación de la extinción de la finalización del contrato por correo electrónico al trabajador. Hecho que como hemos visto, a mi modo de ver, se debe hacer extensible también al despido. En efecto, el despido puede ser comunicado al trabajador por cualquier medio válido en Derecho, siempre que permita al trabajador tener constancia del hecho que se le está despidiendo, las causas y la fecha del despido. Lo cual se puede hacer perfectamente a través de un correo electrónico. En segundo lugar y aquí estriba la novedad en mi opinión de la sentencia analizada, admite la validez del correo electrónico como medio legítimo de prueba en el juicio, en este caso para probar que el trabajador tuvo constancia de que se le había comunicado la finalización del contrato temporal, aunque no hubiera constancia de acuse de recibo por parte del trabajador, porque este era el medio habitual de comunicarse entre la empresa y el trabajador y también era el medio por el cual se le entregaban las nóminas. Por lo tanto, aunque no conste acuse de recibo del correo electrónico por parte del trabajador comunicándole a la finalización del contrato no hay que poner en duda la recepción del mismo por ser el medio habitual de comunicación. Esto es no hace falta acuse de recibo del trabajador. Por lo tanto, entiendo que contradice lo expuesto en pronunciamientos anteriores donde se exige que el trabajador no haya puesto en entredicho la recepción del correo o incluso lo niegue. Si no, que debe ser el trabajador que pruebe que no haya recibido dicho correo.

De lo contrario, por el sólo hecho de aportarse por la empresa y constar que se ha enviado por parte de la empresa el correo al trabajador, se considera válida la prueba y la notificación. Esta misma argumentación a mi modo de ver se puede hacer extensible a los despidos. Si partimos del hecho de que el despido se puede comunicar al trabajador por cualquier medio válido en Derecho y por lo tanto también a través de un correo electrónico, cuando se haya probado que esta sea la forma habitual de comunicarse entre empresa y trabajador y se aporte el correo como prueba por parte de la empresa, aunque no conste acuse de recibo por parte del trabajador. De tal modo que si el correo contiene los hechos que se le imputan el trabajador y la fecha de despido, tal correo debe ser admitido como prueba válida en el juicio y no se puede declarar la improcedencia del despido por el sólo hecho de que se haya comunicado al trabajador por medio de correo electrónico.

## 5. BIBLIOGRAFÍA CITADA

Nores Torres, L.E., "Algunos puntos críticos sobre la repercusión de las redes sociales en el ámbito de las relaciones laborales: aspectos individuales, colectivos y procesales", *Revista de Información Laboral*, núm. 7, 2016.

Puyol Capilla, P., *La nueva prueba documental en la era digital*, Sepín, Madrid, 2014.

Rojas, R., "La prueba digital en el ámbito laboral", *Blog Laboral 3.0, Blog de Derecho Laboral y nuevas tecnologías*.

Vidal López, P., "La prueba digital en el procedimiento laboral", *Legal Today*, 2019.



# CLÁSICOS DEL DERECHO

ESTUDIOS  
DE  
DERECHO

**REJLSS**

Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social  
noviembre - abril 2023 - núm 6 ISSN-e: 2660-437X

## SOCIOLOGÍA CRÍTICA DEL DERECHO Y TEORÍA JURÍDICA EN HANS KELSEN

### CRITICAL SOCIOLOGY OF LAW AND LEGAL THEORY IN HANS KELSEN

---

**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*

[jmonereo@ugr.es](mailto:jmonereo@ugr.es) ORCID [0000-0002-0230-6615](https://orcid.org/0000-0002-0230-6615)

Recepción de trabajo: 12-09-2022 - Aceptación: 15-03-2023 - Publicado: 22-03-2023

Páginas: 327-349

■ 1. INTRODUCCIÓN. ■ 2. SOCIEDAD, NATURALEZA Y DERECHO: HANS KELSEN Y EUGEN EHRLICH, UNA CONTROVERSIA DE PRINCIPIO. ■ 3. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

## RESUMEN

Hans Kelsen no eludió la polémica entre su concepción de la teoría del Derecho (que no se olvide partía de la distinción de que la ciencia del Derecho era una ciencia que se ocupa del deber ser a diferencia de la sociología —incluida la del Derecho— como ciencia del ser social) respecto de estas corrientes antiformalistas de entender el fenómeno jurídico y la ciencia del Derecho, introduciendo elementos materiales en el discurso jurídico. Kelsen insiste en la idea de que el fenómeno jurídico puede ser contemplado por distintos ámbitos o campos del saber, pero que hay que encontrar un criterio que delimite el objeto específico de cada uno de ellos. Para él la ciencia del derecho es una ciencia normativa —una ciencia del deber ser—, mientras que en particular la sociología del derecho es una ciencia sobre el ser del fenómeno jurídico. Es preciso no confundir lo normativo y lo fáctico coexistentes en la pluridimensionalidad del fenómeno jurídico.

**PALABRAS CLAVE:** Sociedad y Naturaleza, el fenómeno jurídico, Sociología del Derecho, Teoría del Derecho, positivismo jurídico, formalismo jurídico, realismo normativista, Eugen Ehrlich.

## ABSTRACT

Hans Kelsen did not avoid the controversy between his conception of the theory of law (which, it should be remembered, was based on the distinction that the science of law was a science that deals with the duty to be as opposed to sociology —including that of law— as a science of social being) and these anti-formalist currents of understanding the legal phenomenon and the science of law, introducing material elements into legal discourse. Kelsen insists on the idea that the legal phenomenon can be contemplated by different spheres or fields of knowledge, but that it is necessary to find a criterion that delimits the specific object of each of them. For him the science of law is a normative science —a science of the ought to be— while in particular the sociology of law is a science of the being of the juridical phenomenon. It is necessary not to confuse the normative and the factual coexisting in the multidimensionality of the legal phenomenon.

**KEYWORDS:** Society and Nature, the legal phenomenon, Sociology of Law, Theory of Law, legal positivism, legal formalism, normativist realism, Eugen Ehrlich.

*“La teoría pura del derecho delimita el Derecho frente a la naturaleza, y de esta manera busca establecer el límite que contrapone esta última al espíritu. La ciencia jurídica es una ciencia del espíritu, y no una ciencia de la naturaleza”*

HANS KELSEN<sup>1</sup>

## 1. INTRODUCCIÓN

No es una exageración afirmar que Kelsen no es sólo uno de los grandes juristas del siglo veinte, sino también uno de los más importantes iuspublicistas y teóricos del Derecho de la historia. Su influencia ha sido extraordinaria en todo el siglo veinte, y en el nuevo siglo veintiuno continúa desplegando esa influencia y concitando un gran interés en la sociología del Derecho, la teoría política y jurídica. En una época de final del mundo de la seguridad<sup>2</sup> y de crisis política (crisis de la República Democrática de Weimar) Kelsen ocupa un lugar central en los grandes debates de su tiempo tanto en el plano de la teoría de la democracia como de la teoría y del sociología del Derecho<sup>3</sup>.

Hans Kelsen fue el artífice principal de la llamada Escuela Vienesa, cuyo origen próximo se encuentra en el seminario privado que Kelsen organizó en su propia vivienda de la Wickenburgstrasse, y donde se desarrollaron debates entre grandes teóricos del Derecho (de manera destacada, Adolf Julius Merkl, Alfred Verdross, Fritz Sander, Fritz Schreier, Felix Kaufmann, Josef L. Kunz, entre otros muchos juristas eminentes)<sup>4</sup>. Aparte de su influencia extraordinaria en el denominado Círculo de Viena, el pensamiento de Hans Kelsen ha influido decisivamente en la Escuela de Turín

1 Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*, Madrid, Trotta, 2011, pág. 48. Su preocupación por la delimitación entre la ciencia jurídica de las ciencias naturales y del conjunto de ciencias sociales la hizo explícita cuando afirmó que “si la ciencia jurídica no ha de ser absorbida por las ciencias naturales, se hace necesario distinguir tajantemente entre derecho y naturaleza. Tarea ésta bastante dificultosa, ya que el derecho –o lo que es frecuente llamar así– parece situarse, al menos en una parte de su ser, en el ámbito de la naturaleza, y tener por eso en parte una existencia completamente natural” (*Ibid.*, pág. 42).

2 Son ilustrativas las brillantes memorias de Zweig, S., *El mundo de ayer*, en *Memorias y ensayos, Obras Completas*, Tomo IV, trad. Alfredo Cahn, Barcelona/Madrid, Editorial Juventud, 1953, págs. 285 y sigs. (“Si me propusiera encontrar una fórmula cómoda para la época anterior a la primera guerra mundial, a la época en que me educé, creería expresarme del modo más conciso que fue la edad dorada de la seguridad...”; pág. 1293); Hobsbawm, E., *Historia del siglo XX*, Barcelona, Crítica, 2001, pág. 30 (“el gran edificio de la civilización decimonónica se derrumbó entre las llamas de la guerra al hundirse los pilares que lo sustentaban”).

3 Monereo Pérez, J.L., *Los fundamentos de la democracia. La Teoría Política y Jurídica de Hans Kelsen*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, Capítulo 4, págs. 103 y sigs.

4 Véanse las aportaciones contenidas en Walter/Jablonek/Zeleny (Hrsg.), *30 Jahre Hans Kelsen-Institut, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts*, vol. 24, Viena, Ed. Manz, 2003, 118 páginas. Datos biográficos de Hans Kelsen pueden obtenerse en la biografía de Aladár Métall, R., *Hans Kelsen. Vida y Obra*, trad. de J. Esquivel, México, UNAM, 1976, *passim*.

(encabezada por Norberto Bobbio), la Escuela de Brno (en Chequia) y en distintas corrientes de pensamiento positivista del Reino Unido, como Herbert Hart y Joseph Raz<sup>5</sup>. Más allá de ello, se puede decir, en verdad, que Kelsen ha tenido un enorme impacto en las teorías científicas sobre el Derecho a escala mundial. Se puede considerar, sin exagerar, que Hans Kelsen ha sido el jurista más influyente del siglo veinte. Por otra parte, fue también el arquitecto de la Constitución Federal Austriaca de 1920 (el *Bundesverfassungsgesetz* —abreviatura, B-VG— se basó en un borrador hecho por Hans Kelsen y se promulgó por primera vez el 1 de octubre de 1920). Su legado es inmenso.

Es difícil que un análisis *integral y completo* de su producción científica y de su propia vida activa no logre mostrar la realidad indiscutible de que Kelsen fue mucho más allá de forjar una teoría pura del Derecho cultivando él mismo los campos diferenciados —pero interdependientes, según su modo de pensar— de la ciencia política, la filosofía del Derecho y la sociología del Derecho (entendida como distinta a la ciencia jurídica y a la filosofía del Derecho).

En su “autopresentación” biográfica deja claro que desde las publicaciones iniciales asume el punto de vista decisivo de que el Derecho es, conforme a su naturaleza, norma, y en consecuencia toda teoría jurídica tiene que ser teoría de las normas, doctrina de las proposiciones jurídicas y como tal doctrina del derecho objetivo<sup>6</sup>. Pero también advierte que cuando caracteriza “al derecho como norma y su función de existencia como deber ser y con ello exijo una nítida separación de la ciencia jurídica normativa con la sociología orientada a la explicación del ser, no descuido jamás la relación que existe entre el contenido de un orden jurídico válido y el contenido del ser social a él correspondiente. Sin embargo, la teoría del derecho no puede ser sustituida por la teoría sociológica del derecho, la cual pretende comprender el derecho solo como un ser, por lo cual tenía que perderse su sentido específico, en el que algún contenido se afirma como algo jurídico y simplemente fáctico<sup>7</sup>.”

Así pues, no debe causar sorpresa la constatación de que Hans Kelsen era un pensar interdisciplinar, que dominaba no sólo el Derecho, sino también la filosofía y la sociología y en particular la Sociología jurídica. Cultivó estas dos disciplinas y trató de delimitarlas respecto a la ciencia jurídica, que para él era una ciencia normativa que se interrogaba sobre el “deber ser” y no sobre el “ser”. Su teoría “pura” del Derecho trataba de expulsar del ámbito de lo jurídico lo que él entendía como ajeno a la normatividad específica del Derecho. Y lo hacía para garantizar la “pureza” de su método y de su objeto específico. La ciencia del Derecho no es una ciencia natural, sino una ciencia del espíritu<sup>8</sup>.

5 Aunque Raz nació en Israel, desarrolló su pensamiento en el Reino Unido, en la Universidad de Oxford y en el Instituto Balliol de Oxford.

6 Kelsen, H., “Autopresentación” (1927), en *Hans Kelsen. Autobiografía*, Matthias Jestaedt, Editor, Bogotá (Colombia), Universidad Externado de Colombia, 2008, pág. 53.

7 Kelsen, H., “Autopresentación” (1927), en *Hans Kelsen. Autobiografía*, Matthias Jestaedt, Editor, Bogotá (Colombia), Universidad Externado de Colombia, 2008, pág. 61. La controversia inicial contra este tipo de ataques a sus teorías llevada a cabo en Sander, F., *Kelsen Rechtslehre: kampfsschrift wider die normative Jurisprudenz*, Tübingen, 1923; Kelsen, H., “Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuchs zur Überwindung der ‘Rechtsdogmatik’”, en *Zeitschrift für öffentliches Recht* Bd. M (1922/23), S. 103-235; en la “Autopresentación” (1927), recoge otras muestras del intenso debate sobre la teoría pura del derecho (*Ibid.*, págs. 62-66).

8 Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*, Madrid, Trotta, 2011, pág. 48.

## 2. SOCIEDAD, NATURALEZA Y DERECHO: HANS KELSEN Y EUGEN EHRLICH, UNA CONTROVERSIA DE PRINCIPIO

Se ha advertido que Kelsen ha determinado y definido la naturaleza y el objeto de la sociología empírica del Derecho con mayor exactitud que los padres fundadores de esta disciplina<sup>9</sup>. No era un antisociólogo, pues desde una obra clásica de referencia a esta materia y varios ensayos que pretendían delimitar su objeto entre las distintas ramas del saber jurídico. No creía en la posibilidad de crear una única ciencia integral que comprendiera todo el campo de los saberes sobre el Derecho, ni tampoco creía en una ciencia empírica del Derecho que supondría confundir ciencia del Derecho con sociología del Derecho (apuntaba a la crítica de las escuelas realistas y sociológicas del Derecho).

En el “Prólogo” a la primera edición de su obra de referencia, *La Teoría Pura del Derecho*, afirmaba que “la cuestión de si se trata de una ciencia de la naturaleza o de una ciencia el espíritu no puede encender así los ánimos, puesto que la separación de una de la otra se ha cumplido casi sin oposición [...]. En verdad, el pleito no atañe al lugar de la ciencia jurídica en el marco de la ciencia, y las consecuencias resultantes, como pareciera ser el caso; se trata de la relación de la ciencia del derecho con la política, de la neta separación entre ambas; de la renuncia a la arraigada costumbre de defender exigencias políticas en nombre de la ciencia del derecho, invocando, pues, una instancia objetiva, existencias políticas que sólo poseen un carácter supremamente subjetivo aun cuando, con la mejor fe, aparezcan como el ideal de una religión, una nación o de una clase”. Este sería el telón de fondo de la lucha conducida contra ella recurriendo a todos los medios al alcance. Kelsen pretendía llevar a cabo una autolimitación de la ciencia del derecho. Esta dimensión política de los críticos hacia la teoría pura del derecho era explicitada por el propio Kelsen. En ese sentido afirmaba que: “El ideal de una ciencia objetiva del derecho y el Estado sólo tiene perspectivas de un reconocimiento general en un periodo de equilibrio social. De ahí que nada parezca tan poco correspondiente con su tiempo como una doctrina sobre el Derecho que pretende mantener su pureza, cuando para otros no hay, en general, poder alguno al que no estén dispuestos a ofrecer; cuando se ha perdido todo recato, al punto de reclamarse abierta y sonoramente por una ciencia jurídica politizada, pretendiendo para la misma el rótulo de “pura”, elogiando, así como virtud lo que a lo sumo sólo podría excusar una amarga necesidad personal”<sup>10</sup>. Según Kelsen el Derecho positivo objeto de la teoría pura del Derecho es un orden que regula la conducta humana de una manera específica. La regulación se cumple mediante disposiciones que establecen cómo los hombres deben compor-

9 Treves, R., “Kelsen y la sociología” (1981), en VV.AA., *El otro Kelsen*, CORREAS, Ó (Compilador), México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Autónoma de México, 1989, págs. 195 y sigs., en particular pág. 195.

10 Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho*, México, traducción del original alemán de Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 1993, Prólogo a la primera edición (Ginebra, mayo de 1934), págs. 8 y 10.

tarse. Tales disposiciones son normas. Esto diferencia, entre otras cosas, la Jurisprudencia normativa de la sociología del Derecho<sup>11</sup>.

Precisamente el primer capítulo de su obra *Teoría pura del Derecho* está dedicado a delimitar y confrontar Derecho y Naturaleza, partiendo de la exigencia de "pureza" de la Teoría pura del Derecho<sup>12</sup>. Entiende que "la *Teoría Pura del Derecho* constituye una teoría sobre el derecho positivo; se trata de una teoría sobre el derecho positivo en general, y no de una teoría sobre un orden jurídico específico. Es una doctrina general sobre el derecho, y no la interpretación de normas jurídicas particulares, nacionales o internacionales. Ofrece, sin embargo, también una teoría de la interpretación". Es así que en su cualidad de teoría "pretende, exclusiva y únicamente, distinguir su objeto. Intenta dar respuesta a la pregunta de qué sea el derecho, y cómo sea; pero no, en cambio, a la pregunta de cómo el derecho deba ser o deba ser hecho. *Es ciencia jurídica; no, en cambio, política jurídica*". Con contundencia y convicción, observa que la caracterización "como doctrina "pura" con respecto al derecho, lo hace porque quiere obtener solamente un conocimiento orientado hacia el derecho, y porque desearía excluir de ese conocimiento lo que no pertenece al objeto precisamente determinado como jurídico. Vale decir: *quiere liberar a la ciencia jurídica de todos los elementos que le son extraños. Éste es el principio fundamental en cuanto al método*". Sin embargo, la ciencia jurídica tradicional ha estado muy lejos de la exigencia de la pureza necesaria, pues de modo enteramente acrítico, "la jurisprudencia se ha confundido con la psicología y la sociología, con la ética y la teoría política. Esa confusión puede explicarse por referirse esas ciencias a objetos que, indudablemente,

11 Kelsen, H., "La Teoría Pura del Derecho y la Jurisprudencia analítica" (1941), trad. Eduardo A. Coghlan, en Kelsen, H., *La idea del Derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Ed. Losada, 1946, págs.207-238, en particular págs. 215-220 ("Jurisprudencia normativa y sociológica"). Entiende que la jurisprudencia normativa es claramente distinta de la sociología del Derecho. Esta última pretende describir fenómenos del Derecho no en proposiciones que enuncien cómo los hombres deben comportarse bajo ciertas circunstancias, sino en proposiciones que digan cómo se comportan en realidad; igual que la física describe cómo se comportan ciertos objetos naturales. Así, el objeto de la "jurisprudencia sociológica" no son las normas jurídicas en su específico sentido de "afirmaciones de deber ser" sino la conducta jurídica (o antijurídica) de los hombres. Se supone que es posible obtener, por la observación de los hechos sociales reales, un sistema de reglas por medio del cual esta conducta caracterizada como "derecho", puede ser descrita. Se supone que estas reglas son de la misma clase que las leyes de la naturaleza y, por lo tanto, que, como ellas, proporcionan los medios para predecir los sucesos futuros dentro de la comunidad jurídica, conducta futura que será caracterizada como derecho. La teoría pura del derecho en materia alguna niega la validez de la "jurisprudencia sociológica", pero se *rehusa a ver en ella la única ciencia del derecho, como lo hacen muchos de sus expositores*. La "jurisprudencia sociológica" se mantiene paralela a la jurisprudencia normativa, y ninguna puede reemplazar a la otra porque cada una trata con problemas completamente diversos. La jurisprudencia normativa versa sobre la validez del Derecho; la "jurisprudencia sociológica" sobre su eficacia; pero, así como la validez y la eficacia son dos aspectos diferentes del Derecho que han de mantenerse claramente separados, aunque ambos se mantengan en una definida relación mutua, así también existe entre la jurisprudencia normativa y la sociológica, a pesar de la diferencia en la dirección de sus conocimientos, una considerable relación. La jurisprudencia sociológica presupone la jurisprudencia normativa. Es un *complemento* de la jurisprudencia normativa. De cualquier modo, la "sociología del Derecho" no sólo tiene que describir, y, si es posible, predecir la conducta real de los individuos que crean, aplican y obedecen la ley; también ha de explicarla causalmente. Con el fin de cumplir su tarea, ha de investigar las ideologías que influyen a los hombres en sus actividades creadoras y de aplicación del Derecho. Entre estas ideologías, la idea de justicia tiene un papel decisivo. El análisis ideológico-crítico de esta idea es una de las tareas más importantes y promisoras de la "sociología del Derecho" (*Ibid.*, págs.217-220).

12 Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho*, México, traducción del original alemán de Roberto J. Vernengo, Porrúa, 1993, Capítulo I ("Derecho y Naturaleza"), págs. 15-70.

se encuentran en estrecha relación con el derecho. Cuando la *Teoría Pura del Derecho* emprende la tarea de delimitar el conocimiento del derecho frente a esas disciplinas, no lo hace, por cierto, por ignorancia o rechazo frente esas disciplinas, no lo hace, por cierto, por ignorancia o rechazo de la relación, sino porque busca evitar un sincretismo que oscurece la esencia de la ciencia jurídica y borra los límites que traza la naturaleza de su objeto<sup>13</sup>. Por tanto, es obvio que Kelsen no ignora los distintos saberes sobre el derecho y la necesidad de su conocimiento, sino que pretende acotar el campo específico de la ciencia del Derecho frente al campo específico de las ciencias sociales que versan sobre el fenómeno jurídico.

Para ello, Kelsen parte de la distinción entre las ciencias naturales y las ciencias sociales, y, por ende, de una diferenciación nítida entre naturaleza y sociedad. Ahí radicaría la distinción entre los distintos objetos de esas ciencias, pues se trata de dar respuesta a la pregunta de si la ciencia jurídica es una ciencia natural o una ciencia social; de si el Derecho es un objeto natural o un objeto social. La respuesta no es tan fácil, es compleja: en efecto, esta contraposición de naturaleza y sociedad no es posible sin más, puesto que la sociedad entendida como la convivencia fáctica de los seres humanos, puede ser pensada como una parte de la vida en general, y, por ello, como una parte integrante de la naturaleza; y en tanto el derecho —o aquello que, por de pronto, se suele considerar tal—, por lo menos en cuanto se encuentra con una parte de su ser en el dominio de la naturaleza, pareciera tener una existencia plenamente natural”. Ahora bien, el conocimiento conceptual del derecho encuentra a veces ya una autocaracterización jurídica del material, que se anticipa a la explicitación que cumplirá el conocimiento jurídico<sup>14</sup>.

Cuando Kelsen aborda específicamente la problemática de “lo jurídico” (que se resuelve para él en la normatividad), deja bien nítidamente lo que postula: “El acontecimiento externo que, por su significación objetiva constituye un acto conforme a derecho (o contrario a derecho), es, pues, en todos los casos, en cuanto suceso que se desarrolla en el tiempo y en el espacio, sensiblemente perceptible, un trozo de la naturaleza, en cuanto tal, como elemento del sistema de la naturaleza y, en cuanto tal, determinado por *leyes causales*. Sólo ese suceso, en cuanto tal, como elemento del sistema de la naturaleza, no es objeto de un conocimiento específicamente jurídico, y, de esa suerte, no constituye en general nada que sea derecho. *Lo que hace del acontecimiento un acto conforme a derecho (o contrario a derecho) no reside en su facticidad, en su ser natural —es decir: en su determinado por leyes causales, encerrado en el sistema de la naturaleza—, sino el sentido objetivo ligado al mismo, la significación con que cuenta*”. Es así que “el acontecimiento en cuestión logra su sentido específicamente jurídico, su significación propia en derecho, a través de una norma que se refiere a él con su contenido, que le otorga significación en derecho, de suerte que el acto puede ser explicitado según esa norma. La norma funciona como un esquema de explicitación. En otras palabras: el enunciado de que un acto de conducta humana situado en el tiempo y en el espacio es un acto de derecho (o, un acto contrario a derecho) es el resultado de una explicitación específica,

13 Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho*, México, traducción del original alemán de Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 1993, pág. 15.

14 Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho*, México, traducción del original alemán de Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 1993, pág. 17.

a saber, una explicitación normativa. Puesto que también la concepción de que el acto exhibe un acontecer natural, sólo recibe expresión una explicitación determinada, diferente a la normativa, a saber: una explicitación causal. La norma, que otorga al acto el significado de un acto conforme a derecho (o contrario a derecho), es ella misma producida mediante un acto de derecho que, por su lado, nuevamente recibe su significación jurídica de otra norma”<sup>15</sup>.

En esa lógica argumentativa el conocimiento jurídico está dirigido “hacia normas que poseen la característica de ser normas jurídicas; que otorgan a ciertos acontecimientos el carácter de actos conforme a derecho (o contrario a derecho)”. Siendo ello así, cabe afirmar que “puesto que el derecho, constituye el objeto de ese conocimiento, es una ordenación normativa del comportamiento humano; lo que significa: es un *sistema de normas* que regulan el comportamiento humano. Con la palabra “norma” se alude a que algo deba ser o producirse; especialmente, a que un hombre *deba* comportarse de determinada manera. Éste es el sentido que tienen ciertas acciones humanas dirigidas con intención hacia el comportamiento de otros”. Kelsen deja claro que hay que distinguir aquí entre “ser” de lo fáctico y “deber ser” del orden normativo<sup>16</sup>.

Este modo de pensar conecta con la validez y dominio de la validez de la norma. Kelsen entiende que el término validez designa “la existencia específica de una norma. De este modo, “si la existencia específica de la norma es designada como su “validez”, recibe expresión así la modalidad particular en que se presenta, a diferencia de la realidad de los hechos naturales. *La “existencia” de una norma positiva, su validez es diferente de la existencia del acto de voluntad cuyo sentido objetivo ella es*”. Por tanto, dado que “la validez de una norma no es algo real, corresponde distinguir su validez de su eficacia, esto es, del hecho real de que ella sea aplicada y obedecida en los hechos, de que se produzca fácticamente una conducta humana correspondiente a la norma. Que una norma valga quiere decir algo distinto a afirmar que ella es aplicada y obedecida en los hechos, aun cuando entre la validez y la efectividad pueda constituirse cierta relación”. No obstante, “un mínimo de la llamada “efectividad” es una condición de su validez. Mas la posibilidad de una conducta que no corresponde a la norma tiene que darse también”. Por otra parte, “validez y eficacia de una norma jurídica tampoco coinciden temporalmente. Una norma jurídica adquiere validez ya antes de ser eficaz; es decir antes de ser obedecida y aplicada (...). La eficacia es condición de la validez en aquella medida en que la eficacia debe aparecer en la imposición de la norma jurídica, para que no pierda su validez”<sup>17</sup>.

Con todo, Kelsen delimita la configuración específica de la ciencia jurídica, precisando el binomio: Ciencia social causal y ciencia normativa, distinguiendo entre el principio de causalidad (ciencia

15 Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho*, México, traducción del original alemán de Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 1993, Capítulo I (“Derecho y Naturaleza”), págs. 17-18.

16 Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho*, México, traducción del original alemán de Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 1993, Capítulo I (“Derecho y Naturaleza”), págs. 18-19.

17 Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho*, México, traducción del original alemán de Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 1993, Capítulo I (“Derecho y Naturaleza”), págs. 24-25.

socia causal) y el de imputación (ciencia normativa). La ciencia del derecho tiene una existencia propia diversa de la sociología del derecho. Piensa Kelsen que la teoría pura del derecho, como ciencia jurídica, dirige su atención a las normas jurídicas *no* a hechos reales, es decir, no al querer, o a la representación de normas jurídicas, sino a las normas jurídicas como contenidos significativos queridos o representados. Y capta conceptualmente cualquier hecho sólo en tanto constituya el contenido de normas jurídicas, es decir, en tanto estén determinados por norma de derecho. Su problema es la específica legalidad propia de su esfera de sentido<sup>18</sup>. No deja de resultar problemática su reflexión sobre la neutralidad ideológica de la ciencia del derecho: “la teoría pura del derecho exhibe una expresa tendencia antiideológica. Mantiene esa orientación en cuanto en su exposición del derecho positivo, mantiene a éste libre de toda mezcla con un derecho “ideal” o “justo”. *En este sentido, es una teoría jurídica radicalmente realista, es decir, una teoría propia del positivismo jurídico. Rehúsa juzgar axiológicamente el derecho positivo... Justamente, por esta tendencia suya antiideológica, la teoría pura del derecho se muestra como verdadera ciencia jurídica. Puesto que la ciencia como conocimiento tiene la tendencia a descubrir su objeto. La “ideología”, en cambio, encubre la realidad en cuanto, con propósito de conservarla, defenderla, la transfigura, o, con el propósito de atacarla, destruirla o reemplazarla por otra, la desfigura*”<sup>19</sup>.

Lo que pretendía Kelsen es alcanzar la autonomía del Derecho como objeto de conocimiento científico, reclamando el método de imputación y rechazando -como inapropiado en una ciencia comprensiva- para la ciencia jurídica el método causal propio de las ciencias sociales extrajurídicas. La teoría pura del Derecho se ocupa del deber ser (*sollen*), a diferencia de la sociología general y la sociología del Derecho, en su calidad de ciencias explicativas, como lo son las ciencias naturales, hacen referencia al ser (*sein*). Para él es objeto de la teoría pura del Derecho los juicios hipotéticos fundados sobre el principio de la imputación, mientras que las leyes que son objeto de las ciencias naturales son juicios de explicación fundados en el principio de causalidad<sup>20</sup>. Kelsen analiza la separación del concepto de naturaleza del de sociedad, en la relación ley de causalidad y norma, dando lugar a un dualismo de naturaleza y sociedad<sup>21</sup>.

Kelsen acomete la tarea de la investigación, basándose en el material etnográfico, de cómo interpreta el hombre primitivo a la naturaleza que lo rodea, y de cómo, partiendo de los fundamentos de esta interpretación, especialmente del principio de retribución, se ha desarrollado la idea de causa-

18 Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho*, México, traducción del original alemán de Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 1993, págs. 100 y sigs.

19 Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho*, México, traducción del original alemán de Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 1993, págs. 117-122.

20 Kelsen, H., *Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Buenos Aires, Depalma, 1945, Capítulo VI, sobre “La Ley de causalidad en la ciencia moderna”, págs. 383 y sigs. Reeditada en Edición crítica a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2022.

21 Kelsen, H., *Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Buenos Aires, Depalma, 1945, Capítulo VII (“Ciencia natural y ciencia social”), páginas 405-411. Reeditada en Edición crítica a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2022.

lidad y con ella el concepto moderno de naturaleza. Desarrollo ese que significa la separación en la mente humana de la naturaleza y la sociedad<sup>22</sup>.

Ahora bien, en el "Prefacio" a la edición castellana<sup>23</sup> de este libro crucial se indica que: "La presente obra es parte de un estudio sistemático de la idea de justicia. Su fin no es contestar la pregunta de si la justicia se realiza en el derecho positivo, y cómo, sino dar respuesta a la de cómo esa idea se presenta en la religión, la poesía y la filosofía, y porqué ha mantenido allí en todos los tiempos la más sobresaliente posición. Es un enfoque crítico-ideológico, y —esto significa un enfoque sociológico— del problema de la justicia". Aclara que "separar una teoría normativa del derecho de una sociología de los fenómenos que son las causas y efectos del hecho de que los hombres piensen en términos de un derecho determinado y especialmente de una sociología de la idea de justicia y de la creencia en ella en cuanto ideal, no quiere decir ignorar o negar la existencia y la importancia de esos fenómenos y la legitimidad de una sociología ocupada en esos objetos. Como nunca incurri en ese error, no hallo contradicción, ni que sea una evasión a un campo científico demasiado remoto, el que después de haber trabajado en una teoría normativa del derecho, me vuelva a la sociología de la justicia"<sup>24</sup>. Sin embargo, "el dualismo de naturaleza y sociedad no es en manera alguna el último paso en la evolución de la ciencia. En el curso de un análisis crítico de la naturaleza de la norma, también este dualismo se torna problemático. La pretensión del "deber ser" de un significado completamente diferente de aquél del "ser", vale decir, la pretensión de la norma de ser una ley de la sociedad diferente de la ley de causalidad en cuanto ley de la naturaleza e independiente de ella, es caracterizada por ciertos autores como mera "ideología" detrás de la cual se ocultan muy concretos intereses de individuos y grupos. Si esos individuos y grupos llegan al poder, representan sus intereses como "normas". *El dualismo de naturaleza y sociedad es reemplazado por el de realidad e ideología*. Para la sociología moderna, un hecho social aparece como parte de la realidad, determinado por las mismas leyes que un hecho natural. No existe diferencia social entre las leyes

22 Kelsen, H., *Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Buenos Aires, Depalma, 1945, pág. 2. Continúa reflexionando Kelsen en el sentido de delimitar su objetivo y consecuencias posibles de su investigación: "Si la concepción lograda sobre el origen del principio de causalidad resulta ser correcta, la controversia que en los años recientes se suscitó sobre aquella idea en la ciencia natural se ilumina con nueva luz, y la tendencia a eliminar o modificar la idea de una ley de causalidad determina con necesidad absoluta todos los hechos muestra su verdadero significado. La llamada "crisis de la causalidad", la pretendida revolución de nuestra concepción del universo, puede entenderse como el último paso de un proceso intelectual cuyo sentido es la emancipación gradual, partiendo del principio de retribución, de la ley de causalidad. La emancipación de una interpretación social de la naturaleza. Ese proceso muestra una relación entre la ciencia social y la natural que es muy importante desde el punto de vista de la historia intelectual. El presente libro intenta ser una contribución sociológica a ese problema" (*Ibid.*, págs.2-3). Reeditada en Edición crítica a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2022.

23 Prefacio a la edición castellana (Washington, D.C. Agosto de 1945), págs. VII-XI. Reeditada en Edición crítica a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2022.

24 Kelsen, H., *Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Buenos Aires, Depalma, 1945, Prefacio a la edición castellana (Washington, D.C. Agosto de 1945), pág. X). Reeditada en Edición crítica a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2022.

Para el joven Kelsen la función de una sociología jurídica que es "de la mayor importancia para los juristas, ha de examinar las causas de las normas jurídicas en la sociedad a la que se aplican". Cfr. Kelsen, H., "Zur Soziologie des Rechts", en *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, núm. 34 (1912), pág. 602.

naturales y las sociales y las que determinan la sociedad, tan pronto como la ley natural misma abandona su pretensión de necesidad absoluta y se satisface con ser una aserción de probabilidad estadística. No hay obstáculo fundamental que impida el arribo de la sociología a este tipo de leyes en su propio dominio. En la especulación religiosa la naturaleza era una parte de la sociedad regida según la ley de retribución. Después de la completa emancipación de la retribución ha logrado la causalidad en la noción moderna de ley, la sociedad es —desde el punto de vista de la ciencia— una parte de la naturaleza”<sup>25</sup>.

Resulta relevante para comprender que la Teoría pura del Derecho era en gran medida formalista, pero Kelsen postulando la pureza de ella no era un formalista que desconociera las sinergias entre los distintos saberes sobre el fenómeno jurídico. En este sentido afirma que: “El particular carácter de esta tarea, empero, me ha obligado a emplear los resultados de ciencias en las que en manera alguna soy experto (...). Si la civilización entera posee carácter social, la historia de la civilización, especialmente la historia de las ideas, no puede prescindir de la sociología; y la sociología, pues, en cuanto crítica de la civilización y especialmente en cuanto crítica de las ideologías que acompañan el curso de la civilización, es posible sólo si se permite al sociólogo adentrarse sin certificado profesional en los campos de las otras ciencias. *La irresistiblemente creciente especialización de las ciencias ha llevado hace ya tiempo a una verdadera crisis, al tornar incierto el mutuo aislamiento de las ramas especiales de la ciencia el valor de ellas para el conocimiento total*”<sup>26</sup>.

Con todo, la teoría pura del Derecho, postulando su “pureza” constituye una teoría de las categorías básicas del Derecho positivo. Comporta una superación de la idea de la naturaleza como la supuesta sociedad ideal (que provenía de la teología cristiana).

Kelsen pretendía marcar distancias en su modo de entender la ciencia jurídica respecto de otras concepciones provenientes de diversas corrientes de pensamiento jurídico aparentemente anti-formalistas como las corrientes modernas del Derecho natural, las corrientes sociológico-jurídicas, movimiento del derecho libre (como Eugen Ehrlich, Hermann Kantorowicz; y la próxima libre investigación científica de F. Gény<sup>27</sup>), la jurisprudencia de intereses de Philipp Heck<sup>28</sup>, que entroncaba

25 Kelsen, H., *Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Buenos Aires, Depalma, 1945, págs. 410–411. Reeditada en Edición crítica a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2022.

26 Kelsen, H., *Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Buenos Aires, Depalma, 1945, Prefacio a la edición castellana (Washington, D.C. Agosto de 1945), pág. X-XI). Reeditada en Edición crítica a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2022.

27 Monereo Pérez, J.L., *El pensamiento científico jurídico de Gény: El problema del método*, estudio preliminar a Gény, F., *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2000, págs. XVII-LXXV; Bernuz Beneitez, M.J., *François Gény y el Derecho. La lucha contra el método exegético*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.

28 Heck, F., *El problema de la creación del Derecho*, trad. Manuel Entenza (Manuel Sacristán), Prólogo de José Puig Brutau, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 1999.

con el “segundo Ihering” maduro<sup>29</sup>), etcétera. Todas estas corrientes afirmaban, con mayor o menor intensidad y énfasis, que ante todo la ciencia del Derecho es una ciencia de hechos y no de lenguaje o palabras (o para Gény era una ciencia de normas que atendía como cometido también suyo a los hechos; y una ciencia valorativa que debería servir a los fines de la vida social a través de un orden jurídico y una doctrina científica capaz de captarla en cada momento; también la perspectiva de la jurisprudencia sociológica de Roscoe Pound<sup>30</sup>) y del realismo pragmático de Oliver Wendell Holmes<sup>31</sup>. Pero antes que ellos estaba ya establecido el criterio fundacional de la sociología del Derecho de Max Weber, Emile Durkheim<sup>32</sup> (después vendrían pensadores también eminentes como Georges Gurvitch<sup>33</sup> y Theodor Geiger<sup>34</sup>).

- 
- 29 Monereo Pérez, J.L., “El pensamiento jurídico de Ihering y la dimensión funcional del Derecho”, estudio preliminar Ihering, R.von: *El fin en el Derecho*, trad. Diego Abad de Santillán, revisión, edición y estudio preliminar, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 1ª ed., 2000, 2ª edición, 2011, págs. VII-LVII; Ihering, R. von: *La Lucha por el Derecho*, trad. Adolfo Posada, edición y estudio preliminar, “Ihering y la lucha por el Derecho”, (pp. VII-XXXI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2008; Ihering, R.von: *La prehistoria de los indoeuropeos*, trad. de Adolfo G. Posada, estudio preliminar, “Ihering, historiador”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2009. Para el “primer Ihering” (que ya apunta al cambio “realista” en el último Tomo y capítulos de la obra que se indica a continuación), véase Ihering, R. von: *El Espíritu del Derecho Romano en las diversas fases de su desarrollo*, trad. por Enrique Príncipe y Satorres, Revisión, edición y estudio preliminar, “Ihering, ensayo de explicación” (pp. XVII-LXXIX), a cargo de J.L. Monereo Pérez, edición especial integra en su sólo volumen de los 4 tomos originarios, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 1ª edición, 1998, 2ª edición, 2011.
- 30 Pound, R., *La evolución de la libertad. Las garantías constitucionales de la libertad*, edición y estudio preliminar, «La ‘jurisprudencia sociológica’ de Roscoe Pound: La teoría del Derecho como ingeniería social», a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2004; Pound, R., *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, trad. José Puig Brutau, edición a cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2004.
- 31 Monereo Pérez, J.L., “La crítica iusrealista del formalismo jurídico de la cultura del “common law” tradicional: la concepción funcional e instrumental del Derecho de Oliver Wendell Holmes”, estudio preliminar a Holmes, O.W., *The Common Law*, trad. F. N. Barrancos y Vedia, revisión, edición crítica de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2020, págs. IX-XLIX.
- 32 Monereo Pérez, J.L., “La filosofía social y jurídica de Durkheim: solidaridad y cuestión social”, en *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, núm. 131 (2006), págs. 587-648; *Ibid.*, *Razones para actuar: solidaridad orgánica, anomia y cohesión social en el pensamiento de Durkheim*, estudio preliminar a Durkheim, E., *Sociología y filosofía*, trad. J.M. Bolaño (hijo), revisión, edición y estudio preliminar, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2006, págs.VII-LXVI; Monereo Pérez, J.L., *Cuestión social y reforma moral: Las ‘corporaciones profesionales’ en Durkheim*, estudio preliminar a Durkheim, E., *Lecciones de sociología. Física de las costumbres y del Derecho*, trad. Estela Canto, edición y estudio preliminar, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2006, págs. VII-LI; *Ibid.*, *La sociología política de Durkheim*, Estudio preliminar a Durkheim, E., *Escritos selectos*, Introducción y Selección de A.Giddens, revisión, edición y estudio preliminar, a cargo de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2021, págs.XI-LXII; *Ibid.*, *Sociología del ‘socialismo funcional’ en el pensamiento de Durkheim*, estudio preliminar a Durkheim, E., *El socialismo*, edición y estudio preliminar, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2022.
- 33 Monereo Pérez, J.L., *Democracia pluralista y Derecho Social. La teoría crítica de Georges Gurvitch*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2021, espec., págs. 125 y sigs. Aunque también tendría su importante aportación sociólogos como Ferdinand Tönnies. Véase Monereo Pérez, J.L., “Crisis de la Modernidad y Cuestión social: el pensamiento crítico de Tönnies”, en *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, núm. 1ª44 (2009), págs. 793-862.
- 34 Geiger, T., *Estudios de Sociología del Derecho*, trad. cast. de A.Camacho, G. Hirata y R. Orozco, Introducción de Paul Trappe, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez (Col. Crítica del Derecho), 2001.

Pues bien, Kelsen no eludió la polémica entre su concepción de la teoría pura del derecho (que no se olvide partía de la distinción de que la ciencia del derecho era una ciencia que se ocupa del deber ser a diferencia de la sociología —incluida la del derecho— como ciencia del ser social) respecto de estas corrientes antiformalistas de entender el fenómeno jurídico y la ciencia del Derecho<sup>35</sup>, introduciendo elementos materiales en el discurso jurídico<sup>36</sup>. Kelsen insiste en la idea de que el fenómeno jurídico puede ser contemplado por distintos ámbitos o campos del saber, pero que hay que encontrar un criterio que delimite el objeto específico de cada uno de ellos. Para él la ciencia del derecho es una ciencia normativa —una ciencia del deber ser—, mientras que en particular la sociología del derecho es una ciencia sobre el ser del fenómeno jurídico. Es preciso no confundir lo normativo y lo fáctico coexistentes en la pluridimensionalidad del fenómeno jurídico. Precisamente por distinguir entre los distintos ámbitos del saber sobre el Derecho Kelsen coincide en lo fundamental con el enfoque de Max Weber, el cual distingue la doble perspectiva jurídica y sociológica; y sus respectivos métodos comprensivos y explicativos<sup>37</sup>; pero yendo Kelsen más allá del modo de pensar de Weber al afirmar la preferencia del punto de vista jurídico (el Derecho como sistema de normas es una ciencia comprensiva y no explicativa) sobre el propio de la sociología del Derecho. Hay que deslindar y respetar los espacios de estas distintas ciencias que versan sobre el saber del Derecho y el fenómeno jurídico en su dimensión más amplia. Kelsen entiende que la ciencia jurídica es una ciencia normativa que versa sobre el derecho positivo, no es política jurídica<sup>38</sup>. A ésta última sirve la política del Derecho, la sociología del derecho, la sociología de la idea de justicia y otras ciencias sociales y disciplinas distintas a la ciencia jurídica.

Sin embargo, la vinculación entre forma jurídica y realidad social del Derecho es de tal índole que el propio Kelsen es consciente de dicha conexión inherente al fenómeno jurídico y de las opciones metateóricas y de política del Derecho que quedan implicadas en la ciencia jurídica y en la sociología del Derecho, tanto en la elaboración de los modelos teóricos y categorías construidos como en la aplicación práctica de las normas jurídicas como en las reglas sociológicas y sus respectivos

35 Treves, R., "Kelsen y la sociología" (1981), en VVAA., *El otro Kelsen*, Correas, Ó (Compilador), México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Autónoma de México, 1989, págs. 195 y sigs., en particular pág. 200. Véase Robles Morchón, G., "La polémica entre Kelsen y Ehrlich en torno a la naturaleza de la Ciencia Jurídica", en *Anuario de filosofía del derecho*, núm. 19 (1976-1977), págs. 183-198.

36 Véase la crítica de Kelsen a Kantorowicz, Kelsen, H., "Zur Soziologie des Rechts. Kritische Bemerkungen", en *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, XXXIX, 1912, págs. 601-607; y la crítica a Ehrlich, Kelsen, H., "Grundlengun der Rechtssoziologie", en *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, XXXIX, 1915, págs. 839-876.

37 Weber, M., *Economía y Sociedad*, trad. Medina Echevarría y otros, México, FCE, 1981, pág. 251.

38 Podrá afirmar que "La Jurisprudencia, como *ciencia* del Derecho, tiene por objeto las normas positivas. Sólo el Derecho positivo puede ser el objeto de la ciencia jurídica. Éste es el principio que caracteriza al positivismo legal en oposición a la doctrina iusnaturalista, la cual pretende presentar normas legales que no han sido creadas por actos humanos, sino que se deducen de la naturaleza. Deducir normas de la naturaleza, es decir, considerar que la naturaleza legisla, presupone que la naturaleza está creada por Dios y, como tal, es la manifestación de su voluntad, y que es absolutamente buena. Por tanto, la doctrina del Derecho naturales no es una ciencia, sino una metafísica del Derecho". Cfr. Kelsen, H., "Ciencia y política", en *¿Qué es la justicia?*, edición de Albert Calsamiglia, Barcelona, Ariel, 1992, págs. 265-266.

métodos<sup>39</sup>. Se puede observar que la construcción de la teoría pura se abría hacia elementos sociológicos e ideológicos de los que teóricamente se propía prescindir (excluidos por extra-jurídicos). Ello se apreciaría, paradigmáticamente, en un aspecto central de esa construcción jurídica, a saber: cuando hace depender la validez de ordenamiento jurídico —y de las normas jurídicas singulares— de su eficacia, es decir, del hecho de que el comportamiento de los individuos a los cuales el orden jurídico se refiere corresponde a tal orden hasta cierto grado; o cuando afirma que el problema de la interpretación jurídica no es un problema de conocimiento referido al derecho positivo, no es un problema de teoría del derecho, sino un problema de política jurídica<sup>40</sup>.

No puede oscurecer el hecho innegable que en la delimitación entre el campo de lo jurídico (y de la ciencia pura del derecho que lo estudia) y de la sociología (y en particular la sociología del Derecho), Hans Kelsen ha realizado aportaciones decisivas a la sociología de jurídica y a la sociología de la idea de justicia, por más que tratará de separar el saber disciplinario de la sociología respecto al campo de lo jurídico como objeto específico y deslindable como ámbito de autonomía de la Teoría Pura del Derecho como típica ciencia jurídica. Y el desarrollo y consolidación científica y académica de la sociología del Derecho y de la idea de justicia encontró un impulso definitivo gracias, en no poca medida, a esas investigaciones de Kelsen en el deslinde entre la sociología y el Derecho, como saberes interrelacionados pero dotados de autonomía propia. Su ciencia pura del Derecho tiene la pretensión explícita de evitar la infiltración y la interferencia de otras disciplinas en el campo de la ciencia jurídica, especialmente le preocupa la depuración de ésta respecto de las metodologías utilizadas por las ciencias naturales (proclives a invadir otros espacios del saber), las ciencias sociales, la filosofía y la psicología<sup>41</sup>.

39 Con referencia a la ciencia jurídica Kelsen puede decir con contundencia que "las normas legales positivas pueden ser objeto de la ciencia jurídica porque la existencia —y, por tanto, la validez— de una norma está condicionada por la existencia de unos hechos. Estos *hechos son creadores de derecho*: la costumbre, los actos legislativos, judiciales o administrativos, las transacciones legales, junto con la efectividad de todo el orden legal al que pertenece la norma. Al describir su objeto como norma, la ciencia del Derecho a estos hechos. Y la positividad del Derecho consiste en su relación con estos hechos. Se presupone que las normas que prescriben o permiten una conducta humana determinada (que implica también actos estatales) constituyen un valor, y que, en consecuencia, la afirmación según la cual la conducta humana (o el acto estatal) es o no conforme a la norma de Derecho positivo (es decir, legal o ilegal) es un juicio de valor, hay que mencionar de nuevo aquí que este valor no se opone a la realidad. Este juicio de valor —como el juicio que afirma que algo es un medio adecuado para un fin— no difiere esencialmente de un juicio acerca de la realidad, sino que es un tipo de juicio especial acerca de la realidad". Cfr. Kelsen, H., "Ciencia y política", en *¿Qué es la justicia?*, edición de Albert Calsamiglia, Barcelona, Ariel, 1992, pág. 267.

40 Treves, R., "Kelsen y la sociología" (1981), en VV.AA., *El otro Kelsen*, Correas, Ó (Compilador), México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Autónoma de México, 1989, págs. 195 y sigs., en particular pág.210-211.

Para la afirmación de Kelsen, Kelsen, H., *La teoría pura del Derecho*, México, Porrúa, 1993, págs. 353-355 ("La interpretación como acto de conocimiento o de voluntad"). Pero deja claro que "es por ese acto volitivo que la interpretación del derecho efectuada por el órgano de aplicación se distingue de toda otra interpretación, en especial, de la interpretación del derecho por la ciencia jurídica". Por tanto, considera que hay que distinguir nitidamente la interpretación del Derecho que efectúa la ciencia jurídica de la interpretación realizada por órganos jurídicos —como los judiciales— competentes para su aplicación. La interpretación jurídico-científica no puede sino exponer los significados posibles de una norma jurídica (*Ibid.*, págs. 355-356, sobre "La interpretación en la ciencia del Derecho").

41 Kelsen, H., "Acercas de las fronteras entre el método jurídico y el sociológico" (1911), y "El concepto de Estado de la sociología comprensiva", ambos ensayos recogidos en VV.AA., *El otro Kelsen*, Óscar Correas (Compilador), México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, págs. 283-317, y 267-281, respectivamente.

Sus indagaciones le llevaron a hablar de distintos saberes sobre el Derecho, evitando la confusión entre ellos, puesto que operan en planos distintos al estudiar el fenómeno jurídico. La ciencia del Derecho es una ciencia normativa (la teoría pura del Derecho —la ciencia del Derecho— es para Kelsen la “ciencia del Derecho positivo”<sup>42</sup>) y en tal sentido el Derecho como objeto de conocimiento debe considerarse como una realidad existente (“positiva”), que remite al deber ser. La realidad del Derecho es distinta de la realidad de la naturaleza. El único objeto de la teoría pura del Derecho es el Derecho, es decir, la norma; sin embargo, la norma es una categoría que no encuentra aplicación alguna en el reino de la naturaleza. La teoría pura del Derecho lucha por excluir de la ciencia jurídica las ideas y métodos de la sociología; el método propio de la ciencia jurídica es la imputación y no la causalidad<sup>43</sup>.

Para él la contraposición entre sociología y jurisprudencia es la existente entre ser y deber ser. Ser y deber ser son determinaciones generales del pensar mediante las cuales podemos percibir los objetos. Entiende que la sociología es una ciencia natural de la sociedad humana, empeñada en hallar las leyes naturales de la convivencia social, que se esfuerza en explicar el hecho social tal como acontece efectivamente en la realidad; esta sociología es una ciencia causal explicativa. Por el contrario, la Jurisprudencia (ciencia del derecho) es una disciplina normativa. La frontera importante entre el método jurídico y el sociológico, que resulta de la diversidad de las formas de ser consideradas ambas ciencias, en la medida en que una se dirige a un ser determinado, a saber, el hecho social y la otra a un deber ser determinado, a saber, el legal, esta frontera es la que los juristas se sienten tentados a cruzar cuando, más allá del reconocimiento de un deber, más allá de las normas legales, aspira a dar una *explicación* del hecho efectivo que ha de ser reglamentado por esta norma jurídica. Según piensa Kelsen estas ciencias no se deben confundir y tampoco sus métodos. Hasta tal punto es así que considera rechazable el sincretismo de los respectivos métodos normativo y explicativo<sup>44</sup>.

La sociología del Derecho se configura como una ciencia explicativa, que analiza las causas, hechos, ideas y efectos de las decisiones y normas jurídicas. Pero también trata de explicar el porqué de la aceptabilidad social de lo establecido en el ordenamiento jurídico.

Su oposición a la sociología del Derecho se detiene en la concepción de ésta como saber preferente sobre el fenómeno jurídico. Eugen Ehrlich había señalado que el desarrollo del Derecho pivota en la propia sociedad, en los hechos sociales del Derecho, no en la legislación, en el Derecho positivo, de ahí que la disciplina científica que mejor puede captarlo es la sociología del Derecho, ya que la ciencia o dogmática jurídica sólo contempla un aspecto parcial de dicha realidad. La dogmática

42 Winkler, G., *Rechtstheorie und Erkenntnislehre Anmerkungen zum Dilemma von Sein und Sollen in der Reinen Rechtslehre aus geistesgeschichtlicher und erkenntnistheoretischer Sicht*, Wien-New York, Springer-Verlag, 1990, capítulo 3 (La doctrina “pura” o “general” del Derecho como ciencia del Derecho positivo).

43 Ebenstein, W., *La Teoría pura del Derecho*, trad. J. Malagón y A. Pereña, México/Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1947, cap. II (“Naturaleza, Derecho y Sociedad”), págs. 59 y sigs.

44 Kelsen, H., “Acerca de las fronteras entre el método jurídico y el sociológico” (1911), en VVAA., *El otro Kelsen*, Óscar Correas (Compilador), México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, págs. 283 y sigs., en particular pág. 289-291.

jurídica y la sociología del Derecho deben de cooperar para la explicación y comprensión del fenómeno jurídico en su plenitud y complejidad<sup>45</sup>. Para Ehrlich “junto a un enfoque puramente jurídico, en el Derecho existe otro social. El primero busca ante todo interpretar toda regla jurídica en su sentido y espíritu. No se diferencia mucho de éste el aspecto histórico-jurídico, que pretende conocer la regla jurídica interpretada y aplicada en el sentido y espíritu del tiempo en el que se originó (...). El punto de vista científico-social se cuestiona cómo un enunciado jurídico es válido, qué grado y forma de fuerza social precede de él. Naturalmente, tampoco puede quedar desatendida la intención inicial que da lugar al enunciado jurídico, pues también ella es una fuerza social: pero sólo una, que actúa junto a las otras y en ningún modo es siempre decisiva”<sup>46</sup>. Para él la Jurisprudencia enseña la aplicación práctica del Derecho. Pero este cometido “sólo puede cumplirlo en toda su extensión cuando proporciona una morfología de la sociedad humana y de las fuerzas que en ella actúan, cuando investiga sobre su naturaleza y límites. De este modo, la Jurisprudencia se transforma en Ciencia del Derecho, en doctrina del Derecho *entendido como fenómeno social; como tal, es una rama de la sociología [...]*. La evolución de la Jurisprudencia hasta constituirse en Ciencia jurídica y, por tanto, en *una rama de la Sociología*, se corresponde totalmente con el camino recorrido por otras disciplinas. Toda ciencia teórica hunde sus raíces en disciplinas prácticas”<sup>47</sup>. La tendencia va en la dirección de entender que “la Ciencia del Derecho es una rama de la sociología”<sup>48</sup>.

Hans Kelsen criticó la concepción sociológica del Derecho de Ehrlich, indicando que confundía el ámbito del ser (*Sein*) con el del deber ser (*Sollen*), aun aceptando la distinción entre la sociología del Derecho (cuyo objeto es el ser del Derecho) y la ciencia del Derecho (teniendo ésta por objeto específico el deber ser), con sus respectivas metodologías. Para él es necesario no sólo distinguir sino más incisivamente separar estrictamente la sociología del Derecho y la ciencia jurídica, tanto respecto al objeto como en relación al método correspondiente a cada una de ellas: no resulta admisible un sincretismo metódico de la ciencia jurídica —ciencia normativa y comprensiva— y la sociología del Derecho —ciencia explicativa—. La ciencia sociológica del Derecho opera con juicios de realidad y explica dicha realidad a través de la observación y la formulación de reglas por método inductivo. Por el contrario, la ciencia jurídica no se ocupa de describir y explicar lo que acontece en la realidad,

45 Ehrlich, E., *Grundlegung der Soziologie des Recht* (1913), Duncker & Humblot, München, Leipzig 1913. ([archive.org](https://www.archive.org/details/Grundlegung_der_Soziologie_des_Recht_1913) – Digitalisat der ersten Auflage im [Internet Archive](https://www.archive.org/details/Grundlegung_der_Soziologie_des_Recht_1913); 4. Auflage, 1989, Schriftenreihe zur Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung, Band 69, durchgesehen und herausgegeben von Manfred Rehbinder, Duncker & Humblot, Berlin 1989).

46 Ehrlich, E., “Sociología y Jurisprudencia”, en Ehrlich, E., *Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia*, trad., notas y estudios preliminares de J.A. Gómez García, J.L. Muñoz de Baena y G. Robles Morchón, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2005, págs. 102-103.

47 Ehrlich, E., “Sociología y Jurisprudencia”, en Ehrlich, E., *Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia*, trad., notas y estudios preliminares de J.A. Gómez García, J.L. Muñoz de Baena y G. Robles Morchón, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2005, pág. 104.

48 Ehrlich, E., “Sociología y Jurisprudencia”, en Ehrlich, E., *Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia*, trad., notas y estudios preliminares de J.A. Gómez García, J.L. Muñoz de Baena y G. Robles Morchón, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2005, pág. 106. Así “queda señalada la dirección que la Jurisprudencia, entendida como disciplina puramente práctica, ha de seguir. A la vez que cede a la Sociología su contenido científico-social, reconquista para sí su ámbito más propio y originario” (*Ibid.*, pág. 107).

sino de lo que, de ser conforme al Derecho, pues es una ciencia formal y no explicativa de la realidad fáctica. Por ello no se puede postular una unidad o integración metodológica del fenómeno jurídico correspondiente a ciencias que asumen funciones distintas respecto al análisis del fenómeno jurídico. La ciencia jurídica, que opera con un método deductivo, se ocupa del deber ser, mientras que la ciencia sociológica del Derecho estudia el Derecho como ser expresión de la realidad<sup>49</sup>. A Kelsen le preocupa la autonomía de la ciencia jurídica y por ello quiere establecer una separación radical de espacios entre ambas disciplinas y también evitar que aquélla se convierta en una ciencia subordinaria y meramente auxiliar respecto de la sociología del Derecho, cuya expansión podía ya vislumbrarse en su época. De ahí que su objetivo fuese establecer una teoría pura, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento tomado de las ciencias de la naturaleza; elevar, pues, la teoría científica del Derecho al rango de una verdadera ciencia que ocupe un lugar propio y específico junto a las otras “ciencias del espíritu”; y desde ahí vincularse con otras ciencias que estudian la realidad social, aunque con distintos puntos de vista, pues la ciencia jurídica no puede quedar reducida a una simple disciplina sociológica<sup>50</sup>. Normativismo y pureza metódica son las piedras angulares de la teoría pura del Derecho<sup>51</sup>.

Hans Kelsen señalaría que “cuando yo caracterizo al Derecho como norma y su forma de existencia como deber ser y con ello exijo una nítida separación de la ciencia jurídica normativa con la sociología orientada a la explicación del ser, no descuido jamás la relación que existe entre el contenido de un orden jurídico válido y el contenido del ser social a él correspondiente. Mi intento de resolver el problema de la positividad del derecho —al cual se dedican detenidos apartes en tanto en mi obra sobre “El problema de la soberanía” como también el “Concepto sociológico y jurídico del Estado”— se ha esforzado por permanecer libre de la parcialidad, signo que hasta ahora caracterizó esta teoría. Mientras los antiguos autores solo dirigían su mirada a la ley, únicamente atendían el sentido de deber ser de las normas y en consecuencia no podían apreciar el momento de la positividad, los autores jóvenes intentaron con la denominada teoría sociológica del derecho, comprender el derecho

49 Kelsen, H., “Eine Grundlegung der Rechtssoziologie”, en *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, (39), 1915, pp. 839-876.

50 Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho*, trad. R. J. Vernengo, México D.F., Porrúa, 1993, 7ª edición, pág. 7 (Prólogo del autor a la primera edición) y pág. 12 (Prólogo del autor a la segunda edición). Añade, ya en el texto, que la teoría pura del Derecho “quiere liberar a la ciencia jurídica de todos los elementos que le son extraños (...). Se parte de la distinción entre ciencias naturales y ciencias sociales, y, por ende, de una distinción entre naturaleza y sociedad...” (*Ibid.*, pág. 15).

51 Legaz y Lacambra, L., *Kelsen. Estudio crítico de la teoría pura del Derecho y del Estado de la Escuela de Viena*, Prólogo de Luis Recaséns Siches, Barcelona, Bosch, 1933, págs. 19 y sigs. Este libro encuentra su base en una tesis doctoral comenzada en Zaragoza en 1929 y concluida en Viena durante el semestre de invierno de 1930. En Viena estuvo en estrecho contacto con el mismo Hans Kelsen, Alfred Verdross y Félix Kaufmann. Desde el punto de vista de la teoría pura del Derecho la Jurisprudencia no puede interesarse por el momento del “origen”, ni tampoco puede preocuparle el momento del “fin”. Ha de rechazarse la tendencia a mezclar elementos materiales con los puramente formales en el concepto de Derecho. Por tanto —añade—, el anatemizado formalismo de la teoría pura del Derecho consiste sólo en que ésta se conforma con ser una teoría del Derecho positivo, desentendiéndose de la cuestión del “Derecho justo” porque no le interesa lo que debe ser, sino lo que es, sin perjuicio de que el “derecho que es” estatuye también un deber ser: pero, por lo mismo, ha de hacer posibles todas las formas imaginables de Derecho que en realidad pueden darse y, por tanto, tiene que prescindir también de los contenidos, porque es “condición” de todos ellos. En definitiva, el formalismo de la Jurisprudencia se resuelve en la más elemental exigencia de la construcción normativa, a saber: en la *pureza metódica* (*Ibid.*, págs. 24-25).

solo como un ser, por lo cual tenía que perderse su sentido específico, en el que algún contenido se afirma como algo jurídico y no simplemente fáctico”<sup>52</sup>.

En realidad, más que esa confusión estaba en juego la distinta concepción en el alcance de ambas disciplinas y en las relaciones existentes entre el Derecho y la sociedad organizada en la que actúa. Según Ehrlich el saber sobre el Derecho ha de ser una ciencia de hechos sociales con forma normativa mientras que, para Kelsen, la ciencia (pura) del Derecho ha de ser una ciencia de normas jurídicas dotada de un serado espacio de autonomía respecto de la realidad social. En su réplica a la crítica de Kelsen, Ehrlich subraya que “el objeto de la sociología del Derecho no es la terminología, sino la relación del Derecho con la sociedad. En mi libro —añade con referencia a *Grundlegung der Soziologie des Recht* (1913)— me ocupo de cómo el Derecho surge del seno de la sociedad, de cómo se condensa en proposiciones jurídicas en la Jurisprudencia y la legislación, y del modo en que repercute en la sociedad. Que Kelsen no haya comprendido todo esto no me sorprende, puesto que él ha interpretado mal incluso al clarísimo “Amira”. Por consiguiente, si en la crítica kelseniana no se habla prácticamente de nada más que de terminología, entonces esto ya no me concierne a mí, sino al gran interés que Kelsen muestra por las cuestiones terminológicas, situadas en el marco de su concepción”<sup>53</sup>. Y es que para Ehrlich el Derecho es un orden espontáneo de la sociedad (Derecho social), el Derecho surge a partir de los *hechos del Derecho*. Las normas jurídicas producidas por los hechos del Derecho se imponen fundamentalmente con medios de carácter social. El Derecho es, así, una específica forma organizada de la sociedad. Define el Derecho vivo no como aquel Derecho establecido en las proposiciones jurídicas, sino como aquel Derecho que domina la vida, y esto porque la realidad jurídica sólo puede ser observada en los hechos del Derecho, que remiten restrictivamente a los hechos generadores del Derecho. Para él el punto central de todo desarrollo

---

52 Kelsen, H., *Autopresentación* (1927), en *Hans Kelsen. Autobiografía*, Matthias Jestaedt, Editor, Bogotá (Colombia), Universidad Externado de Colombia, 2008, págs. 60-61. A reglón seguido añade Kelsen que “Esta última escuela hizo crecer la más fuerte oposición a mi teoría, que encontró su expresión especialmente en el escrito de Fritz Sanders “Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? Kritische Studie zur Rechtslehre Hans Kelsen” (*Revista de derecho público*, vol. 2, 1921) y en su libro *Kelsen Rechtslehre*, de 1923. Mi controversia —indica— ante ese ataque está formulada en mi escrito *Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuchs zur Überwindung der ‘Rechtsdogmatik’*” (en *Zeitschrift für öffentlichen Recht*, Bd. II (1922/23), S. 103-235), de 1922-23, dirigido contra el primer ensayo de Sanders. En éste se corrigen también determinadas diferencias teórico-cognocitivas que habían surgido conceptualmente entre la teoría jurídica normativa y la sociología” (*Ibid.*, págs. 61-62).

53 Ehrlich, E., “Respuesta a Kelsen”, en Ehrlich, E., *Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia*, cit., pág. 121. En otro escrito “Replica a Kelsen”, reprocha que Kelsen ha interpretado mal su doctrina del “Derecho vivo”, indicando que su libro *Grundlegung der Soziologie des Recht* designa “como Derecho vivo a las reglas de del deber ser jurídicas, las cuales no se limitan a ser normas de decisión, sino que dominan de hecho la conducta humana. Dichas reglas se constatan mediante la observación del acontecer fáctico, lo que también es admitido por la Jurisprudencia dominante con respecto a las reglas del deber ser, del llamado Derecho consuetudinario, el cual coincide, al menos parcialmente, con lo que yo califico de “Derecho vivo”” (*Ibid.*, págs. 122-123). La polémica completa se recoge en Ehrlich, E., “Entgegnung”, en *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, (41), 1916, pp. 844-849 (recensión de Hans Kelsen al libro de Ehrlich que abre la polémica entre ambos pensadores); Ehrlich, E., “Replik”, en *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, (42), 1916, pp. 609-610; Kelsen, H., “Eine Grundlegung der Rechtssoziologie”, en *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, (39), 1915, pp. 839-876; Kelsen, H., “Replik”, en *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, (41), 1916, pp. Kelsen, H., “Schlusswort”, en *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, (42), 1916, p. 611.

jurídico no puede verse ni en el Estado ni en la actividad de los juristas, sino sólo en la sociedad misma<sup>54</sup>. El trasfondo de la concepción de Ehrlich reside en que para él la sociología del Derecho es la auténtica ciencia jurídica, frente a las insuficiencias de la ciencia normativista o dogmática jurídica que pretende ser puramente descriptiva, no valorativa y limitada al deber ser, ignorando el ser del Derecho. A lo que se añade una concepción del método jurídico como una técnica normativa exclusivamente basada en la lógica formalista, que pretende ser, aparentemente, neutral frente a valores, fines e intereses subyacentes al contenido ordenado en las normas jurídicas. Esta concepción de la ciencia del Derecho como ciencia normativa y no valorativa se traslada también a la función del juez llamado a aplicar e interpretar la norma para resolver controversias jurídicas. Según Kelsen, el científico del Derecho “tiene que considerar que la decisión tomada por el tribunal es según el Derecho vigente, válido para regular el caso concreto. Puede examinar si la decisión judicial es conforme o no a la norma general aplicada por el tribunal y puede llegar a la conclusión de que es legal o de que no lo es. Pero este juicio —en último término juicio acerca de un hecho— es irrelevante desde el punto de vista legal. Porque a la ciencia jurídica no le incumbe decidir si la decisión de un tribunal es legal o ilegal. Esta decisión incumbe a la autoridad legal, a quien la ley otorga este poder”. Sin embargo, el juez cuando aplica una norma supera la ficción de un significado comprensivo nítido, pues las normas pueden ofrecer significados distintos y contradictorios; y al aplicar la norma, la autoridad judicial escoge uno de estos significados y le atribuye la fuerza del Derecho. Para el la aplicación judicial es un acto creador de Derecho. Más aún: “Esta elección es una función política en la medida en que no está determinada por una norma superior legal”<sup>55</sup>.

Ahora bien, piensa que la tarea de un científico del Derecho que interpreta un lenguaje legal reside en mostrar los posibles significados y dejar que la autoridad legal competente elija el que considere más apropiado según unos principios políticos. Ya, al revelar la ambigüedad de los términos utilizados y, por consiguiente, la necesidad de mejorarlos, está sirviendo de modo científico a la función creadora del Derecho. “Cuando el científico del Derecho recomienda a la autoridad legal uno de los distintos significados de una norma legal, está intentando influir en el proceso elaborador del Derecho y ejerciendo como la única correcta, está actuando como político disfrazado de científico. Está encubriendo la realidad legal. Pero la Ciencia tiene que dejar al descubierto la realidad; las ideologías políticas son las que la encubren. Por tanto, la interpretación científica del Derecho, por un científico del Derecho, puede caracterizarse como interpretación jurídica —en contraposición a la interpretación jurídica —en contraposición a la interpretación que aplica una autoridad legal (judicial)—. Al preferir una de entre las varias interpretaciones posibles, excluyendo a las demás, el científico del Derecho ofrece una interpretación que puede considerarse política”<sup>56</sup>.

54 Rehinder, M., *Sociología del Derecho*, trad. G. Robles Morchón, Madrid, Pirámide, 1981, págs.58 y sigs., exponiendo la sociología del Derecho de Ehrlich; una exposición detallada del pensamiento de Ehrlich y de su concepción de la sociología del Derecho, en Robles Morchón, G., *Ley y Derecho vivo. Método jurídico y sociología del derecho en Eugen Ehrlich*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, págs. 25 y sigs., 75 y sigs., y 95 y sigs.

55 Kelsen, H., “Ciencia y política”, en *¿Qué es la justicia?*, edición Albert Calsamiglia, Barcelona, Ariel, 1992, págs. 274-275.

56 Kelsen, H., “Ciencia y política”, en *¿Qué es la justicia?*, edición Albert Calsamiglia, Barcelona, Ariel, 1992, págs. 274-275.

Es manifiesto que en esta polémica había cierta incompreensión entre ambos pensadores, porque ni Ehrlich negaba completamente la existencia de una ciencia del Derecho, ni Kelsen pretendía negar la existencia legítima y necesaria de una pluralidad de disciplinas que versaran sobre el fenómeno jurídico (señaladamente, ciencia del Derecho, sociología del Derecho). Sin embargo, para Kelsen la verdadera ciencia del Derecho es la Ciencia Pura del Derecho o dogmática jurídica, que versa sobre normas y no hechos, mientras que para Ehrlich la verdadera ciencia jurídica es la sociología del Derecho, que pivota sobre el hecho jurídico, es decir, sobre un orden que emana de la sociedad y de las fuerzas sociales que actúan como fuentes productoras de reglas jurídica. Aquí se producía una controversia de principio incompatible. La teoría “pura” del Derecho remite a una ciencia jurídica para un Derecho autónomo con respecto a la moral y a la naturaleza. Para Kelsen hay que liberar al Derecho de cualquier residuo moralista, por un lado, y por otro, demarcar sus confines también respecto a la sociología. Como ciencia limitada al conocimiento de normas, se delimita al Derecho frente a la naturaleza, y a la ciencia jurídica como ciencia normativa frente a todas las demás ciencias que intentan explicar los fenómenos naturales conforme a las leyes de la causalidad<sup>57</sup>. Se puede realzar que la sociología del Derecho es una ciencia de la realidad del Derecho. El objeto de la sociología del Derecho es, por tanto, la dependencia recíproca (interdependencia) del Derecho y de la vida social. No investiga, así, el Derecho como suma de normas jurídicas válidas (*law in books*), sino el Derecho vivo (*law in action*). Pero es, además, preciso captar la realidad del Derecho en el campo de la interacción del staff jurídico y de los sometidos al Derecho (esto es, el comportamiento de aquéllos sobre los que encuentra aplicación el Derecho) en la interdependencia del Derecho y de la vida social<sup>58</sup>.

El desarrollo del debate contemporáneo —que no ha terminado, sino que han cambiado ciertas premisas de la controversia—, se plantea en términos más complejos, una vez que la sociología jurídica se ha consolidado plenamente y los lazos entre la ciencia jurídica o dogmática jurídica y la sociología del Derecho son más fluidos, por una parte, y por otra, porque también dentro la teoría del Derecho preside una tensión permanente entre el realismo normativista (o si se quiere decir en otras palabras, normativismo realista) y el positivismo jurídico en sus distintas variantes contemporáneas<sup>59</sup>.

57 Pattaro, E., *Elementos para una teoría del Derecho*, trad. I. Ara Pinilla, Madrid, Debate, 1991, págs. 51 y sigs.

58 Rehbinder, M., *Sociología del Derecho*, trad. G. Robles Morchón, 1981, págs. 21-23. Hace notar, significativamente, que la Sociología del Derecho es una ciencia que sirve de “trazo de unión” entre otras ciencias. Tiene como objeto de conocimiento el Derecho y, en este sentido, se constituye como un ámbito especial de la Ciencia jurídica. Al mismo tiempo, investiga el Derecho como elemento de la estructura del orden social y, en este sentido, constituye un ámbito particular de la Sociología (*Ibid.*, pág. 15, del Prólogo del autor).

59 Exponente de las nuevas dimensiones de los problemas de la sociología jurídica y sus conexiones dinámicas con la ciencia jurídica o dogmática jurídica, pueden encontrarse en Ferrari, V., *Acción jurídica y sistema normativo. Introducción a la Sociología del Derecho*, trad. A. Greppi, Prólogo de M.J. Fariñas Dulce, Madrid, Dykinson, 2000, Capítulo 2 (“La Sociología del Derecho”), págs. 59 y sigs. Asimismo, Arnaud, A.-J. y Fariñas Dulce, M.J., *Sistemas jurídicos: Elementos para un análisis sociológico*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, 1996, espec., págs. 107 y sigs., 154 y sigs., Pero ya antes las aportaciones fundamentales de autores clásicos contemporáneos como George Gurvitch, véase Monereo Pérez, J.L., *Democracia pluralista y Derecho Social. La teoría crítica de Georges Gurvitch*, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2021, Capítulo II (“La concepción de la sociología del derecho en Gurvitch”), págs. 125 y sigs.

Por último, lo que parece harto significativo es el hecho de que Hans Kelsen, fue un intelectual extraordinariamente abierto a la discusión, tanto en el ámbito de las cuestiones científicas y metodológicas como también en el plano de la filosofía y la teoría de la democracia constitucional. Lejos de lo que se ha podido afirmar, Kelsen no tuvo ideología cerrada y dogmática, pues su concepción de la sociología del Derecho y de la teoría “pura” del Derecho nunca quedó pretificada, se enriqueció por su propia reflexión y por su puesta en contraste permanente con otros teóricos eminentes de la sociología del Derecho y de la ciencia jurídica<sup>60</sup>.

## 3. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Arnaud, A.J. y Fariñas Dulce, M.J., *Sistemas jurídicos: Elementos para un análisis sociológico*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, 1996.
- Bernuz Beneitez, M.J., *François Gény y el Derecho. La lucha contra el método exegético*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.
- Ebenstein, W., *La Teoría pura del Derecho*, trad. J. Malagón y A. Pereña, México/Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1947, cap. II (“Naturaleza, Derecho y Sociedad”).
- Ehrlich, E., “Entgegnung”, en *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, 41, 1916.
- Ehrlich, E., “Replik”, en *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, 42, 1916.
- Ehrlich, E., “Sociología y Jurisprudencia”, en Ehrlich, E., *Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia*, trad., notas y estudios preliminares de J.A. Gómez García, J.L. Muñoz de Baena y G. Robles Morchón, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2005.
- Ferrari, V., *Acción jurídica y sistema normativo. Introducción a la Sociología del Derecho*, trad. A. Greppi, Prólogo de M.J. Fariñas Dulce, Madrid, Dykinson, 2000, Capítulo 2 (“La Sociología del Derecho”).
- Geiger, T., *Estudios de Sociología del Derecho*, trad. cast. de A. Camacho, G. Hirata y R. Orozco, Introducción de Paul Trappe, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez (Col. Crítica del Derecho), 2001.
- Heck, F., *El problema de la creación del Derecho*, trad. Manuel Entenza (Manuel Sacristán), Prólogo de José Puig Brutau, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 1999.
- Hobsbawm, E., *Historia del siglo XX*, Barcelona, Crítica, 2001.

---

<sup>60</sup> Para la demostración de esta afirmación –aparte de lo que se indica en este ensayo respecto al deslinde entre la sociología del Derecho y la Ciencia jurídica, como saberes distintos sobre el Derecho–, puede consultarse, *in extenso* Monereo Pérez, J.L., *Los fundamentos de la democracia. La Teoría Política y Jurídica de Hans Kelsen*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, Capítulo 4, págs. 103 y sigs.

## SOCIOLOGÍA CRÍTICA DEL DERECHO Y TEORÍA JURÍDICA EN HANS KELSEN

- Ihering, R. von: *El Espíritu del Derecho Romano en las diversas fases de su desarrollo*, trad. por Enrique Príncipe y Satorres, Revisión, edición y estudio preliminar, "Ihering, ensayo de explicación", a cargo de J.L. Monereo Pérez, edición especial íntegra en su sólo volumen de los 4 tomos originarios, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 1ª edición, 1998, 2ª edición, 2011.
- Ihering, R. von: *La Lucha por el Derecho*, trad. Adolfo Posada, edición y estudio preliminar, "Ihering y la lucha por el Derecho", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2008.
- Ihering, R.von: *La prehistoria de los indoeuropeos*, trad. de Adolfo G. Posada, estudio preliminar, "Ihering, historiador", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2009.
- Kelsen, H., "Acerca de las fronteras entre el método jurídico y el sociológico" (1911), y "El concepto de Estado de la sociología comprensiva", ambos ensayos recogidos en VV.AA., *El otro Kelsen*, Óscar Correas (Compilador), México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.
- Kelsen, H., "Autopresentación" (1927), en *Hans Kelsen. Autobiografía*, Matthias Jestaedt, Editor, Bogotá (Colombia), Universidad Externado de Colombia, 2008.
- Kelsen, H., "Ciencia y política", en *¿Qué es la justicia?*, edición de Albert Calsamiglia, Barcelona, Ariel, 1992.
- Kelsen, H., "Eine Grundlegung der Rechtssoziologie", en *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, 39, 1915.
- Kelsen, H., "Grundlengun der Rechtssoziologie", en *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, XXXIX, 1915.
- Kelsen, H., *La teoría pura del Derecho*, México, Porrúa, 1993.
- Kelsen, H., "La Teoría Pura del Derecho y la Jurisprudencia analítica" (1941), trad. Eduardo A. Coghlan, en Kelsen, H., *La idea del Derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Ed. Losada, 1946.
- Kelsen, H., *Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Buenos Aires, Depalma, 1945, Capítulo VI, sobre "La Ley de causalidad en la ciencia moderna", págs. 383 y sigs. Reeditada en Edición crítica a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2022.
- Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*, Madrid, Trotta, 2011.
- Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho*, México, traducción del original alemán de Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 1993, Capítulo I ("Derecho y Naturaleza").
- Kelsen, H., "Zur Soziologie des Rechts", en *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, núm. 34, 1912.
- Legaz y Lacambra, L., *Kelsen. Estudio crítico de la teoría pura del Derecho y del Estado de la Escuela de Viena*, Prólogo de Luis Recaséns Siches, Barcelona, Bosch, 1933.
- Monereo Pérez, J.L., *Cuestión social y reforma moral: Las 'corporaciones profesionales' en Durkheim*, estudio preliminar a Durkheim, E., *Lecciones de sociología. Física de las costumbres y del Derecho*, trad. Estela Canto, edición y estudio preliminar, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2006.
- Monereo Pérez, J.L., "Crisis de la Modernidad y Cuestión social: el pensamiento crítico de Tönnies", en *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, núm. 1ª44, 2009.

## SOCIOLOGÍA CRÍTICA DEL DERECHO Y TEORÍA JURÍDICA EN HANS KELSEN

- Monereo Pérez, J.L., *Democracia pluralista y Derecho Social. La teoría crítica de Georges Gurvitch*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2021.
- Monereo Pérez, J.L., *El pensamiento científico jurídico de Gény: El problema del método*, estudio preliminar a Gény, F., *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2000.
- Monereo Pérez, J.L., "El pensamiento jurídico de Ihering y la dimensión funcional del Derecho", estudio preliminar Ihering, R.von: *El fin en el Derecho*, trad. Diego Abad de Santillán, revisión, edición y estudio preliminar, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 1ª ed., 2000, 2ª edición, 2011.
- Monereo Pérez, J.L., *Los fundamentos de la democracia. La Teoría Política y Jurídica de Hans Kelsen*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, Capítulo 4.
- Monereo Pérez, J.L., "La crítica iusrealista del formalismo jurídico de la cultura del "common law" tradicional: la concepción funcional e instrumental del Derecho de Oliver Wendell Holmes", estudio preliminar a Holmes, O.W., *The Common Law*, trad. F. N. Barrancos y Vedia, revisión, edición crítica de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2020.
- Monereo Pérez, J.L., "La filosofía social y jurídica de Durkheim: solidaridad y cuestión social", en *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, núm. 131, 2006.
- Pattaro, E., *Elementos para una teoría del Derecho*, trad. I. Ara Pinilla, Madrid, Debate, 1991.
- Pound, R., *La evolución de la libertad. Las garantías constitucionales de la libertad*, edición y estudio preliminar, "La 'jurisprudencia sociológica' de Roscoe Pound: La teoría del Derecho como ingeniería social", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2004.
- Pound, R., *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, trad. José Puig Brutau, edición a cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2004.
- Rehbinder, M., *Sociología del Derecho*, trad. G. Robles Morchón, Madrid, Pirámide, 1981.
- Robles Morchón, G., "La polémica entre Kelsen y Ehrlich en torno a la naturaleza de la Ciencia Jurídica", en *Anuario de filosofía del derecho*, núm. 19, 1976-1977.
- Robles Morchón, G., *Ley y Derecho vivo. Método jurídico y sociología del derecho en Eugen Ehrlich*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- Treves, R., "Kelsen y la sociología" (1981), en VV.AA., *El otro Kelsen*, Correas, Ó (Compilador), México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Autónoma de México, 1989.
- Weber, M., *Economía y Sociedad*, trad. Medina Echevarría y otros, México, FCE, 1981.
- Winkler, G., *Rechtstheorie und Erkenntnislehre Anmerkungen zum Dilemma von Sein und Sollen in der Reinen Rechtslehre aus geistesgeschichtlicher und erkenntnistheoretischer Sicht*, Wien-New York, Springer-Verlag, 1990, capítulo 3 (La doctrina "pura" o "general" del Derecho como ciencia del Derecho positivo).
- Zweig, S., *El mundo de ayer*, en *Memorias y ensayos, Obras Completas*, Tomo IV, trad. Alfredo Cahn, Barcelona/Madrid, Editorial Juventud, 1953.



# RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

RESEÑAS  
BIBLIOGRÁFICAS

**REJLSS**

Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social  
noviembre - abril 2023 - núm 6 ISSN-e: 2660-437X

## RESEÑA DE “ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL EN ESPAÑA. ORIGEN E INFLUENCIAS IDEOLÓGICAS”

(LÓPEZ AHUMADA, J.E. y DEL VALLE, J.M., EDICIONES CINCA, 2022)

### **Alfredo Ramírez Nárdiz**

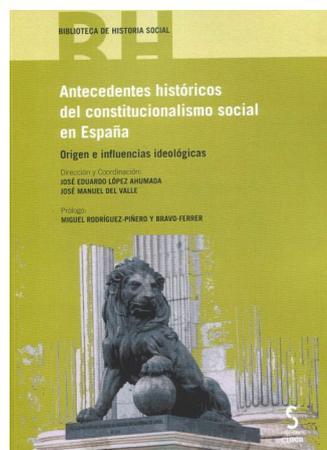
*Profesor de Derecho Constitucional*

*Universitat Autònoma de Barcelona*

[alfredo.ramirez@uab.cat](mailto:alfredo.ramirez@uab.cat) ORCID [0000-0002-9293-3785](https://orcid.org/0000-0002-9293-3785)

Recepción de trabajo: 25-01-2023 - Aceptación: 14-02-2023 - Publicado: 22-03-2023

Páginas: 351-355



Me permito presentar la obra *Antecedentes históricos del constitucionalismo social en España. Origen e influencias ideológicas*, dirigida y coordinada por los doctores José Eduardo López Ahumada y José Manuel del Valle, profesores de la Universidad de Alcalá, publicada en la editorial Cinca, de Madrid.

Desde un primer momento, no queda sino destacar el esfuerzo de análisis que supone el plan de trabajo de esta obra, la cual se remite a comienzos del siglo XIX para buscar los antecedentes más remotos del constitucionalismo social en la historia constitucional española. Esta tarea es especialmente compleja en las primeras décadas de la citada centuria para volverse progresivamente más rica en recursos conforme nos aproximamos al siglo XX. No es posible olvidar que, como bien es sabido, incluso la misma palabra socialismo no empezó a usarse con cierta fluidez hasta bien avanzada la década de los 30 del siglo XIX y los primeros autores de renombre que dieron vida a los más iniciales rudimentos de la ideología en su formulación contemporánea (Saint-Simon, Fourier, etc.) no popularizaron sus ideas hasta varios decenios después de que hubiese sido aprobado el primer texto constitucional español en una fecha tan temprana como 1812. Por no incidir en que la aparición de los primeros sindicatos y partidos “obreros” españoles se

retrasó hasta el último tercio del siglo XIX. Es, por ello, comprensible que el texto aquí referenciado comience moderado en contenidos para, conforme avanza el siglo, volverse más rico y variado, de un modo muy similar a cómo lo hacían las Constituciones que analiza. Es ya en la segunda mitad del siglo, particularmente desde el Sexenio Revolucionario, cuando los derechos sociales hacen su verdadera aparición en escena y cuando la obra deslumbra con el análisis de las primeras legislaciones laborales y los primeros derechos que con el tiempo y los azares de la historia conducirán a lo que en el presente conocemos como constitucionalismo social.

Por dar un solo ejemplo que muestre lo indicado, destáquese que ya bien avanzado el siglo XIX, en 1873, con el proyecto de Constitución Federal de la Iª República, que tan innovador resulta en multitud de materias, los escasos derechos sociales que en él aparecen no lo hacen sistemáticamente, en un título o capítulo concreto, sino dispersos por el texto, no entendiéndose siquiera como verdaderos derechos sociales, sino realmente como competencias que poseen las distintas administraciones territoriales (derecho a la educación —Título V, 20, art. 96, art. 98, art. 108—; derecho a la salud —art. 108—; beneficencia —art. 96, art. 108—; etc.), debiéndose esperar a ya muy avanzada la Restauración, o incluso a la IIª República en 1931, para que sea posible hablar con propiedad de derechos sociales en la línea del innovador modelo constitucional social iniciado en la Alemania de la República Weimar en 1919 y seguido por el constituyente español algo más de una década después.

Hechas las indicaciones precedentes, conviene explicar la estructura y contenidos del libro. La obra comienza con el prólogo del doctor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, quien fuera magistrado y Presidente del Tribunal Constitucional, Consejero de Estado, profesor de las universidades de Sevilla y Alcalá, para continuar con un preámbulo escrito por los doctores López Ahumada y del Valle. Se da aquí una visión de conjunto de las temáticas de la obra, es decir, de los antecedentes históricos, las influencias ideológicas y el desarrollo del constitucionalismo social en España, que inmediatamente se expone en una sucesión de capítulos cada uno de ellos centrado en las diferentes Constituciones y proyectos de Constituciones españolas y en la regulación en ellas del constitucionalismo social, cuando sólo se trataba de antecedentes y también cuando ya se podía hablar de regulación propiamente dicha.

María Victoria Jiménez Martínez, de la Universidad de Alcalá, nos ofrece un primer capítulo dedicado a la Constitución de 1812, a su carácter social y a la igualdad ante la ley declarada por el texto de Cádiz, sin obviar las consecuencias del proyecto de Código Civil de 1821; José Manuel del Valle, de la Universidad de Alcalá, se centra en la monarquía de Isabel II y las contribuciones que los sucesivos textos constitucionales elaborados durante la misma aportaron al constitucionalismo social, sin ignorar la notablemente superior importancia que en este periodo retuvo el prisma liberal de los derechos, especialmente del derecho de propiedad; Óscar Ignacio Mateos y de Cabo, de la Universidad Rey Juan Carlos, aborda la Constitución de 1869 analizando tanto su parte dogmática, como su regulación laboral; Alfredo Ramírez Nárdiz, de la Universitat Rovira i Virgili de Tarragona (cuando se escribió la obra, actualmente en la Universitat Autònoma de Barcelona), analiza la convulsa Primera República, el proyecto de Constitución Federal de 1873 y la regulación social allí elaborada; José Eduardo López Ahumada, de la Universidad de Alcalá, estudia la Restauración, la Constitución de 1876 y, en ese contexto, la promoción de la libertad de asociación obrera y la respuesta a las reivindi-

caciones sociales y a la conflictividad laboral de aquellos años en España; Yolanda Fernández Vivas, de la Universidad de Alcalá, investiga la constitucionalización del Estado social en la Segunda República y en la Constitución de 1931; en orden cronológico termina Francisco Manuel García Costa, de la Universidad de Murcia, que estudia las raíces históricas de la Constitución de 1978 dentro del marco general de las constituciones normativas y sociales. Como es posible comprobar, los autores (que proceden del Derecho Laboral, Constitucional, etc.) no pertenecen a una única área del Derecho, por lo que es posible afirmar, sin temor a error, que los estudios recogidos en el texto que aquí se expone lo convierten en una obra auténticamente multidisciplinar.

Si bien es cierto que la presente es una obra jurídica, en todo momento se expone y explica en sus páginas el contexto histórico en el que se elaboró cada una de las Constituciones, así como las diferentes corrientes ideológicas sin las cuales no sería posible entender el proceso que dio vida y forma a dichos textos. Esa, quizá, es la característica más significativa de la obra. Esta decisión de los directores del texto lo dota de un mayor valor al que tendría si se tratara de una monografía estrictamente jurídica, si fuera solamente una exposición de normas, pues es muy difícil negar que el entendimiento pleno de normas tan características de una época y de una sociedad como lo son las Constituciones es complejo si se hace desde la indiferencia y el desconocimiento del marco histórico, político y cultural en el que fueron elaboradas. Para no caer en este fenómeno de falta de contexto, en los diferentes capítulos de la obra aquí reseñada nunca se pierde de vista la situación histórica e ideológica al enfrentarse al estudio de las normas constitucionales llegando, incluso, al uso de ilustraciones y fotografías que de modo constante recuerdan quiénes fueron los protagonistas políticos de cada etapa constitucional, con el inmediato resultado de acercar la obra al lector no especializado y amenizarla al académico.

Ciertamente, y como señala en el prólogo el profesor Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, una de las bases de la actual Constitución de 1978 son los derechos sociales. No cabría otra posibilidad al definir el art. 1 de la Carta Magna a España como un Estado social y democrático de Derecho, es decir, una forma de Estado erigida en el acervo de distintas tradiciones (liberal, democrática, social) que, sin embargo, consiguen, si no armonizarse totalmente, objetivo este quizá más allá de las características de dichas tradiciones, sí al menos hallar un punto de encuentro en el texto constitucional aprobado hace ya más de cuatro décadas. Definir a España como un Estado social y democrático de Derecho implica que la forma de Estado en España es liberal y, a causa de ello, requiere de separación de poderes, garantía de derechos (elementos liberales procedentes del artículo 16 de la Declaración de derechos francesa de 1789), imperio de la ley (de la Constitución) y pluralismo; supone también que España es democrática y que la legitimidad de todo poder político y de toda norma jurídica procede de la ciudadanía y de su voluntad manifestada tanto de modo directo mediante instrumentos de democracia directa, como mediante la elección de representantes en sucesivas convocatorias electorales; implica, además, y aquí nuestro mayor interés en este libro, que España es un Estado social y que, por ello, es deber del Estado superar la simple igualdad formal, la igualdad de todos ante la ley para, en los términos del art. 9.2 de la Constitución: “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”.

El constituyente de 1978 no se conformó con redactar un texto en el que a los ciudadanos se les reconocieran más o menos derechos sociales, sino que, como demuestra el art. 9.2 de la Constitución, contenedora de la cláusula social (cuyo mandato es posible rastrear en todas las Constituciones sociales como, por ejemplo, en el art. 3 de la Constitución de Italia de 1947 o en el art. 13 de la Constitución Política de Colombia de 1991, por ejemplificar en dos continentes diferentes), optó por erigir un modelo en el que el Estado acepta el deber de hacer todo aquello que sea necesario para lograr que los ciudadanos accedan en igualdad real, en igualdad material, a todos los bienes que una sociedad desarrollada puede ofrecer. El Estado se compromete a dotar a la sociedad de un marco general de igualdad de oportunidades en el que, a través del suministro de bienes y servicios, de rentas, de derechos sociales cruciales para el desarrollo de los ciudadanos, como la educación o la salud públicas, se ofrezca una posibilidad real para que la ciudadanía, con independencia del nivel de renta familiar y del entorno de procedencia, pueda acceder a la sociedad del bienestar. Eso son el Estado y el Constitucionalismo social: no únicamente el reconocimiento de algunos derechos sociales, sino la garantía de una sociedad igualitaria que, partiendo del respeto a los elementos básicos del Estado liberal y del Estado democrático, incorpore también el compromiso con la igualdad material, con el amplio espectro de lo social. Asume de este modo nuestra Constitución de 1978 el constitucionalismo social que venía desarrollándose en Europa desde el siglo XIX en forma primero de legislación laboral y derechos sociales, para después y desde el periodo de entreguerras, con la Constitución de Weimar de 1919 entre otras, generalizarse, desarrollarse y, finalmente, volverse dominante desde el final de la Segunda Guerra Mundial con el Constitucionalismo de Postguerra.

Resulta evidente que el modelo que la Constitución de 1978 proclama no siempre alcanza a concretarse idealmente, pues la voluntad del constituyente y la disponibilidad de los recursos materiales en manos del Estado no siempre coinciden plenamente. La pregunta que es importante plantearse es por qué la Constitución asume este modelo situando lo social como uno de los tres pilares básicos del Estado. Podría considerarse que debido exclusivamente a las corrientes internacionales dominantes y su influencia en España. O, por el contrario, cabría afirmar que fue el resultado lógico de nuestras propias tradiciones y evolución constitucional. No queda sino realizar un estudio de conjunto para poder responder y entender plenamente, sin lagunas y vacíos propios de todo análisis en exceso circunscrito a un único momento constitucional, la pregunta arriba planteada. Un estudio que parta del inicio del Constitucionalismo español y que explique cómo los derechos de los trabajadores, los derechos sociales y finalmente la concepción social del Estado no aparecieron súbitamente o con una única Constitución, sino que surgieron y se regularon progresivamente, con avances y retrocesos. La comprensión de esta materia exige el conocimiento de la historia de nuestras Constituciones desde el siglo XIX hasta el presente. Por todo ello, y dado que la obra colectiva aquí reseñada permite alcanzar el conocimiento indicado, nos encontramos ante un texto que posee una importancia carente de dudas y que tiene la potencialidad de convertirse en texto de referencia.

Por supuesto, es una tarea compleja tratar de aportar una visión del constitucionalismo social en España en una obra breve, de no más de 300 páginas, como es ésta. Pero, tras la lectura y valoración de los diferentes capítulos, es posible afirmar que el objetivo se cumple y lo hace gracias fundamentalmente a dos elementos: la acertada organización de la materia en capítulos, suficientemente

extensos para desarrollar satisfactoriamente los diversos periodos del constitucionalismo español, pero no tanto como para perder la continuidad expositiva; y la sucesión fluida y sencilla que los capítulos tienen entre sí sirviéndose de la matriz expositiva que es la cronología de los sucesivos textos constitucionales. Contribuye a esto el lenguaje docto y técnico, a la par que accesible, usado por los autores, que logra que el texto tenga un contenido en esencia académico, para satisfacción de los expertos, pero también una naturaleza suficientemente divulgativa para hacerlo una lectura digna de recomendación para todo tipo de públicos.

No es posible comprender plenamente el Constitucionalismo del presente si carecemos de la perspectiva que nos otorga el conocimiento de los orígenes de nuestro Constitucionalismo. No basta con ver la estricta norma, sino que es necesario ver también los contextos históricos, ideológicos y sociales que con el pasar de los años y los vaivenes de la sociedad produjeron progresivamente lo que en propiedad hoy puede llamarse Constitucionalismo social. Materializar este análisis, este devenir histórico, social y jurídico de un país, en una obra colectiva que logra una visión de conjunto en menos de 300 páginas, hacerlo desde distintas áreas del Derecho, es digno de valorarse y autoriza a considerar a *Antecedentes históricos del constitucionalismo social en España. Origen e influencias ideológicas* como un punto de partida más que digno para quienes deseen iniciarse en el estudio del quizá más popular, quizá más polémico, de los tres ejes del Estado social y democrático de Derecho.

## RESEÑA DE “OCASIONALIDAD Y PRESUNCIÓN EN EL ACCIDENTE DE TRABAJO”\*

(GUADROS GARRIDO, M<sup>a</sup>.E., ARANZADI, 2022)

### Arturo Montesdeoca Suárez

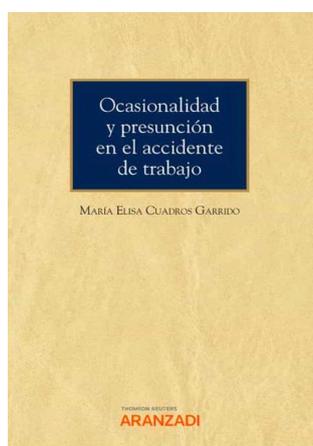
Personal Investigador en Formación (PIF)

Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

[arturo.montesdeoca@ulpgc.es](mailto:arturo.montesdeoca@ulpgc.es) ORCID [0000-0002-1519-4923](https://orcid.org/0000-0002-1519-4923)

Recepción de trabajo: 06-02-2023 - Aceptación: 28-02-2023 - Publicado: 22-03-2023

Páginas: 356-357



María Elisa Cuadros Garrido, Dra. en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Profesora Contratada en la Universidad de Murcia, presenta en la obra titulada “Ocasionalidad y presunción en el accidente de trabajo” una revisión concienzuda y sistemática sobre el entramado normativo y judicial que entraña el estudio del accidente de trabajo. En esta obra se integran siete capítulos que pasan a ser examinados de forma más precisa a continuación.

En el primer capítulo se lleva a cabo una introducción al concepto de accidente de trabajo, identificado sus elementos esenciales, el régimen de presunciones ex art. 156.3 LGSS hasta el análisis de la imprudencia temeraria ex art. 156.4 LGSS.

En el segundo capítulo se aborda la doctrina judicial sobre la teoría de la ocasionalidad relevante en la que se ofrece un estudio de precedentes y parámetros actuales exigidos por la doctrina del Tribunal supremo. Y concluye con un estudio del accidente de trabajo desde la perspectiva de género.

En el tercer capítulo se examina el accidente *in itinere*, desde los orígenes, su conceptualización, los elementos concurrentes (objetivo, subjetivo, nexo causal), los elementos configuradores (criterio teleoló-

\* Contrato predoctoral cofinanciado por la Consejería de Economía, Industria, Comercio y Conocimiento del Gobierno de Canarias y del Fondo Social Europeo.

## “OCASIONALIDAD Y PRESUNCIÓN EN EL ACCIDENTE DE TRABAJO”

gico, cronológico y geográfico), las lesiones súbitas (en trayecto de ida y vuelta), la imprudencia temeraria y una reflexión sobre la posible exclusión de esta modalidad.

En el cuarto capítulo se revisa la figura del accidente en misión. Para ello se aborda su estudio con una visión pragmática identificando los requisitos, distinguiendo su estudio en diferentes etapas y en situaciones concretas (en periodo de pausa, descanso, licencia retribuida y en tiempo de esparcimiento) así como en un sector específico (el pesquero), finalizando con la imprudencia temeraria del trabajador desplazado.

En el quinto capítulo se inicia con las enfermedades de aparición súbita (patologías cardíacas, cerebrales, desprendimientos de retina y otras patologías oculares y epilepsia) siendo descritas y estructuradas a conciencia de forma sistemática, finalizando con otros supuestos como el neumotórax, supuestos infecciosos y de contagio por coronavirus.

En el sexto capítulo se plantean los actos criminales e imprudentes de tercero, un tema sumamente complejo para diferenciar cuándo debe calificarse como accidente de trabajo. Así, se inicia con un planteamiento general del régimen de responsabilidad en la jurisdicción social para a continuación identificar los regímenes de actuación dolosa e imprudente de terceros. Tras lo anterior, cumplimenta un estudio casuístico en actos sufridos por la persona trabajadora en el trabajo, *in itinere* y en misión.

En el séptimo capítulo, por último, dedicado a una temática que preocupa y mucho, el suicidio. Se comienza mostrando una aportación de datos que reflejan como indica la autora “el grave problema de salud pública” que sufre la población de España; una situación agravada tras la irrupción del COVID-19. La autora afronta su estudio desde diferentes tipologías, la penal y laboral. Posteriormente ahonda en su tratamiento desde la doctrina judicial aportando una clasificación cronológica y, posteriormente, discrimina los supuestos de exclusión (en tiempo y fuera de tiempo de trabajo) como accidente laboral tras analizar la doctrina del nexo causal y la casuística en los tribunales de la jurisdicción laboral.

Para ir concluyendo, la obra que aquí se analiza se caracteriza por ser una obra viva, actualizada, organizada y muy práctica. La persona que se adentre a su lectura podrá comprender que el accidente de trabajo es un concepto que puede analizarse desde diferentes aristas y que se caracteriza por su complejidad. Además, es un tema que genera preocupación y consternación prácticamente diaria a todos los operadores que afrontan la lucha contra la siniestralidad laboral por cuanto el objetivo es garantizar la seguridad y salud laboral y, por ende, del bienestar y la propia vida de las personas trabajadoras.

Por lo tanto, constituye un tema que nos preocupa a todas y a todos. Máxime, teniendo en cuenta los datos que se publican desde el Ministerio de Trabajo y Economía Social; a noviembre de 2022 se constata un total de 584.583 accidentes de trabajo con baja, 521.198 sin baja y un total de 770 accidentes mortales. Los datos demuestran una imagen palpable y desalentadora, una siniestralidad laboral que aumenta considerablemente cada año; razones suficientes que justifican con altas dosis de oportunidad a la obra reseñada.

En definitiva, es una obra de notable interés académico y que, dada la orientación —pedagógicamente hablando— que ha ofrecido la autora se recomienda su lectura puesto que se ahonda en el estudio de una materia compleja y a la par interesante como es el accidente de trabajo.

## RESEÑA DE “CARACTERIZACIÓN JURÍDICA Y CAUSAS DEL DESPIDO OBJETIVO EN LA NORMATIVA, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA TRAS LAS RECIENTES REFORMAS LABORALES”\*

**Sheila López Vico**

Contratada predoctoral en formación-FPU\*\*

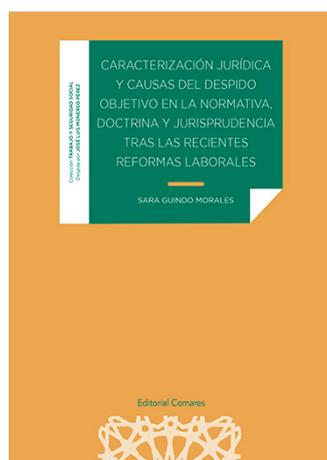
Coordinadora de la Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. *Laborum*

Universidad de Granada

[slvico@ugr.es](mailto:slvico@ugr.es) ORCID [0000-0002-2608-3436](https://orcid.org/0000-0002-2608-3436)

Recepción de trabajo: 05-12-2022 - Aceptación: 12-07-2022 - Publicado: 22-03-2023

Páginas: 358-362



El despido, se trata de una de las instituciones clásicas del Derecho del Trabajo, ya que indudablemente, toda relación laboral presenta un inicio y un final. Sin embargo, ello no implica que se trate de una institución estanca, inamovible y carente de toda relevancia práctica, sino todo lo contrario.

El despido es una de las figuras laborales en torno a la cual existe un mayor y constante debate jurídico, político y social. Ello se debe a diversas razones. En primer lugar, no debemos olvidar el marco social y económico en el cual nos encontramos, el cual, se encuentra marcado por la influencia de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, la globalización, la hipercompetitividad, etc. Todo ello, impulsa al empresario a querer optimizar al máximo sus recursos siendo en

\* Recensión sobre la base de las obras: Caracterización jurídica y causas del despido objetivo en la normativa, doctrina y jurisprudencia tras las recientes reformas laborales, Guindo Morales, S., Comares, Granada, 2020; Acción de impugnación judicial, calificación y efectos de la extinción del contrato de trabajo por circunstancias objetivas, Guindo Morales, S., *Laborum*, Murcia, 2020; Il licenziamento disciplinare in Spagna: causali e costi, Ortega Lozano, P.G., Cedam - Wolters Kluwer, Milán, 2021; Medidas de flexibilidad externa colectiva en la reestructuración de empresas consecuencia del Covid-19. Cuestiones prácticas a propósito del despido colectivo, Ortega Lozano, P.O., Comares, Granada, 2021.

\*\* Ayudas para contratos predoctorales de Formación de Profesorado Universitario 2020, financiadas por el Ministerio de Universidades (FPU 2020, concesión definitiva por Orden de 6 de noviembre de 2021).

este sentido, como bien es sabido, la fuerza de trabajo una de las principales fuentes de gasto del empresario, y como tal —y especialmente en épocas de crisis— en la que mayor incidencia presentan dichas medidas destinadas a flexibilizar y optimizar los costes.

Todo ello, junto a la tendencia flexibilizadora y desreguladora seguida por nuestro legislador, ha dado lugar a una desnaturalización de la figura del despido, tanto objetivo como por causas objetivas. En este sentido, no resulta novedoso afirmar como las sucesivas reformas han dado lugar a un aumento de los poderes empresariales en detrimento de las garantías de los trabajadores. Lo cual, se ha encontrado reflejado, entre otros puntos, en la paulatina sustitución de la causalidad por la indemnización, es decir, se ha potenciado el despido sin causa, ya que en caso de ser declarado el mismo ilícito, se le permite al empleador elegir entre readmitir al empleado o indemnizarlo. Esta situación, que de por sí ya resultaba preocupante en nuestro sistema y exigía una reforma decidida en la materia, se vio aún más agravada a raíz del Covid-19, el cual, como consecuencia de sus graves efectos económicos, ha hecho que se incrementen los despidos en nuestro país.

Pues bien, consciente el legislador de la insostenibilidad de esta situación, comenzó en el año 2021 un proceso de reformas —encabezado por la reforma laboral del año 2021<sup>1</sup>— en las que se ha tratado de operar un cambio de rumbo respecto a las reformas anteriores que permitiese recuperar un trabajo de calidad en nuestro país. Entre dichas reformas, resulta especialmente relevante la operada por medio de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, la cual refuerza la protección jurídica del trabajador frente al despido al calificar como nulo -y no como improcedente tal y como venía ocurriendo en la práctica- el despido del trabajador que se haya producido como consecuencia de una enfermedad.

Ante dicho relevante cambio normativo, no resulta baladí resaltar una serie de monografías que han sido publicadas en los últimos años y cuya detenida lectura resulta obligada para todo aquel operador jurídico que dese conocer la realidad teórico-práctica del despido en nuestro país.

En primer término, y dentro de la prestigiosa Colección Trabajo y Seguridad Social dirigida por el prof. José Luis Monereo Pérez, cabe destacar la monografía publicada en el año 2020 por la prof. Guindo Morales y editada por la editorial Comares, que bajo la rúbrica “caracterización jurídica y causas del despido objetivo en la normativa, doctrina y jurisprudencia tras las recientes reformas laborales”, entra a analizar críticamente y de principio a fin la figura del despido por causas objetivas.

La citada obra se encuentra estructurada en tres capítulos. En el primero de ellos entra la autora a analizar la compleja evolución jurídico histórica que la figura del despido objetivo ha sufrido a lo largo de las distintas etapas históricas en nuestro país. A continuación, por medio del segundo capítulo, se analiza la configuración y el régimen jurídico del despido, evidenciando la doctora Guindo Morales en su análisis aquellos aspectos que presentan una mayor conflictividad en la aplicación práctica de esta figura. En este punto, no se focaliza la autora únicamente en el plano nacional, sino

<sup>1</sup> Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.

que por el contrario hace también una breve referencia al derecho a no ser injustamente despedido tanto en el ordenamiento jurídico de Reino Unido como de Italia. Finalmente, se concluye esta obra realizando un estudio detallado de cada una de las causas objetivas de despido objetivo que se encuentran recogidas en el artículo 52 de nuestro Estatuto de los Trabajadores, así como también en la normativa de Reino Unido e Italia.

Continuando con el estudio de la figura del despido por causas objetivas, cabe evidenciar la monografía titulada “Acción de impugnación judicial, calificación y efectos de la extinción del contrato de trabajo por circunstancias objetivas”, realizada también por la prof. Guindo Morales en el año 2020 y publicada por la editorial Laborum. Por medio de dicha obra, se entra en profundidad a analizar el régimen jurídico de la figura del despido por causas objetivas en nuestro país.

Esta obra, se encuentra estructurada en dos capítulos. Por medio del primero de ellos, entra la autora a analizar la acción de impugnación judicial del despido por causa objetiva. Para ello, parte la misma realizando un breve recorrido por su evolución jurídica en nuestro sistema. Tras lo cual, se entra a analizar diversos puntos clave en la materia, como son los trámites de carácter preprocesales, el plazo del cual dispone el trabajador para instar la impugnación del despido, las particularidades de la demanda presentada, la figura de la prueba, etc., señalando su regulación, no solo en el ámbito nacional sino también en el ámbito europeo, comunitario e internacional. En el segundo capítulo se estudian las garantías jurisdiccionales existentes en nuestro sistema en materia de despido objetivo. Son innumerables los aspectos reseñables en este capítulo, entre los cuales, puede destacarse a título ejemplificativo el tratamiento por parte de la autora de las diversas particularidades que presenta el despido en las relaciones laborales especiales o la incidencia que tiene la figura del despido objetivo en nuestro sistema de Seguridad Social.

En el marco de reformas que se está produciendo, no puede omitirse por su trascendencia práctica la figura del despido disciplinario. En esta línea de investigación, y como claro referente doctrinal, cabe subrayar la obra “Il licenziamento disciplinare in Spagna: causali e costi”, publicada en el año 2021 por el prof. Ortega Lozano en la prestigiosa editorial Wolters Kluwer.

Esta obra, redactada en su integridad en italiano, se compone de once capítulos diferenciados aunque íntimamente ligados entre sí. A través del primero de ellos, sienta el autor las bases generales posteriormente desarrolladas en cada uno de los siguientes capítulos. Tras lo cual, entra propiamente por medio del segundo capítulo a analizar la figura del despido disciplinario, haciendo referencia para ello en primer lugar a las distintas clases de despido existentes en nuestro país, a las formalidades que deben de respetarse para que el despido sea calificado como procedente y, como no podía ser de otra forma, a la regulación nacional y comunitaria de esta institución. A partir de este capítulo, y hasta el capítulo IX, entra el doctor Ortega Lozano a estudiar las distintas causas sobre las que puede fundarse el despido disciplinario recogidas en el art. 54. 2 ET. Para cerrar el estudio de esta figura, recoge el autor las posibles calificaciones que en vía judicial puede recibir esta forma de despido y los posibles efectos derivados de ello. Finalmente, se recogen una serie de conclusiones críticas sobre la figura del despido disciplinario en España y en especial, sobre su regulación jurídica actual y el papel que ocupan en su aplicación práctica la negociación colectiva y, sobre todo, los tribunales. Además,

no se limita el autor a resaltar los problemas existentes, sino que da un paso más allá, recogiendo también una serie de propuestas de *lege ferenda* innovadoras y totalmente necesarias de cara a una futura reforma legislativa. No puede tampoco omitirse como esta obra no se limita únicamente a analizar la figura del despido disciplinario en el ámbito nacional, sino que por el contrario, realiza en diversos puntos una comparación entre el sistema español e italiano en esta materia.

Por último, galardonada con el premio Ángel Olavarría de Estudios Jurídicos de la Real Academia Sevillana de legislación y jurisprudencia, cabe también destacar la monografía del prof. Ortega Lozano titulada “medidas de flexibilidad externa colectiva en la reestructuración de empresas consecuencia del Covid-19. Cuestiones prácticas a propósito del despido colectivo” publicada en el año 2021 por la editorial Comares.

Esta monografía se divide en diez capítulos diferenciados. En el primero de ellos, parte el autor realizando una breve introducción, en la cual, pone de manifiesto las deficiencias normativas que presenta la figura del despido colectivo en nuestro marco normativo. Además de criticar el contenido complejo, contradictorio y en ocasiones equívoco de la regulación legal, evidencia este autor como la intervención de la doctrina científica y jurídica ha complicado aún más la situación, dificultando la comprensión y aplicación de su régimen jurídico en la práctica. Realizada dicha contextualización, recoge el prof. Ortega Lozano por medio del segundo capítulo de esta obra un análisis de la configuración jurídica de esta figura en el ámbito comunitario. En el tercer capítulo se profundiza en las causas en las que puede basarse esta forma de despido para que el mismo sea considerado lícito. A partir de este punto, entra el autor a analizar de manera sistemática y rigurosa el conjunto de fases que constituyen el proceso de despido colectivo. En particular profundiza el prof. Ortega Lozano en aspectos esenciales de dicho procedimiento como son el cómputo del periodo de tiempo en el que se producen el cómputo de las extinciones contractuales, los distintos tipos de despidos que se consideran fraudulentos, las reglas relativas a la constitución de la comisión negociadora la documentación e información preceptiva, los distintos plazos existentes, etc. Finalmente, se cierra esta obra recogiendo una serie de reflexiones críticas sobre los despidos colectivos, en la cual pone de manifiesto el autor como la indeterminación existente en la ley en materia de despidos colectivos ha acentuado el papel de los tribunales, operando los mismos no ya como intérpretes y aplicadores de la ley, sino como árbitros en la resolución de los conflictos de intereses planteados. Asimismo, plasma el mismo una serie de propuestas de *lege ferenda*, como son establecer indemnizaciones por despido más elevadas, unos sistemas de amortiguadores sociales más adecuados o políticas de empleo que permitan reducir el tiempo de desempleo.

Como puede ya extraerse de la breve recapitulación realizada, nos encontramos ante cuatro obras de indudable referencia doctrinal que de manera clara, concisa y rigurosa permiten conocer en profundidad figuras clave en nuestro marco jurídico laboral como son el despido por causas objetivas, el despido disciplinario o el despido colectivo. Asimismo, ambos autores han enriquecido sumamente sus obras al dotarlas de un claro carácter práctico, recogiendo los principales pronunciamientos que en el ámbito nacional e internacional se han producido en los últimos años en la

“CARACTERIZACIÓN JURÍDICA Y CAUSAS DEL DESPIDO OBJETIVO EN LA NORMATIVA...”

materia, y comparando la normativa existente en nuestro país con la de otros países vecinos como es el caso de Italia o Reino Unido.

Por todo ello, y ante las importantes reformas que en esta materia se vienen produciendo en nuestro país en los últimos meses, no puedo finalizar esta reseña sin recomendar encarecidamente la atenta lectura de estas cuatro importantes obras.

## RESEÑA DE “EL EMPLEO DE LOS COLECTIVOS VULNERABLES EN EL MARCO DE LA TRANSFORMACIÓN TECNOLÓGICA: UNA APROXIMACIÓN JURÍDICO-SOCIAL”

(VV.AA.; GÓMEZ SALADO, M.A. y RUIZ SANTAMARÍA, J. J., Dirs., GONZÁLEZ GOBALEDA, E. y ORTEGA LOZANO, P.G., Subdirs., y MONTES ADALID, G. M., Coord., COMARES, GRANADA, 2022)

### **Aída Cabello Roldán**

Becaria de investigación

Universidad de Málaga

[0610696780@uma.es](mailto:0610696780@uma.es) ORCID [0009-0002-4478-4292](https://orcid.org/0009-0002-4478-4292)

Recepción de trabajo: 06-03-2023 - Aceptación: 15-03-2022 - Publicado: 22-03-2023

Páginas: 363-366



Recientemente ha sido publicada la obra titulada “El empleo de los colectivos vulnerables en el marco de la transformación tecnológica: una aproximación jurídico-social” realizada mediante la colaboración de un considerable número de relevantes profesionales e investigadores en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. En concreto, versa sobre un tema de absoluta actualidad e importancia como es la transformación tecnológica y su impacto en determinados colectivos que por sus características se han considerado como vulnerables en el ámbito del empleo. A este respecto, el presente libro realiza un estudio jurídico-social con una perspectiva crítica, en el que se analizan los aspectos más problemáticos y los retos que se pretenden superar, planteando soluciones para evitar el agravamiento de la situación actual.

En ese sentido, la obra está estructurada en dos títulos. El primero de ellos trata de hacer una aproximación a las implicaciones de la transformación tecnológica en el empleo y en la ocupación, analizando los retos sociales más novedosos. Por otro lado, el segundo apuesta por examinar específicamente cuáles son los colectivos más vulnerables en el ámbito laboral, como son las mujeres, los menores, las personas

## “EL EMPLEO DE LOS COLECTIVOS VULNERABLES EN EL MARCO DE LA TRANSFORMACIÓN TECNOLÓGICA”

desempleadas de larga duración, los jóvenes, los inmigrantes, las personas con discapacidad o personas enfermas, las personas LGBTQ+ o las minorías étnicas, entre otros, proponiendo algunas reflexiones jurídicas al respecto.

En los primeros capítulos de la presente obra se abarcan aspectos claramente novedosos y actuales, en concreto, la afectación de la digitalización y la robotización a las relaciones laborales y la necesidad de avanzar en la capacitación tecnológica de las personas trabajadoras. En ese sentido, se refieren las actuaciones tanto de la Unión Europea (que ha elaborado una Estrategia para el mercado único digital de Europa, con la finalidad esencial de transformar la sociedad europea para que se pueda garantizar su competitividad) como de la Organización Internacional del Trabajo (Programa “Trabajar para un futuro más prometedor” del año 2019). También se hacen reflexiones sobre el impacto de la robotización en el principio de igualdad y la no discriminación algorítmica, e incluso se reflexiona sobre la posibilidad de la existencia de un nuevo principio de la igualdad y no discriminación robótica, debates de máxima trascendencia en un ámbito jurídico-laboral absolutamente diferenciado al existente cuando el legislador fijó las normas básicas del derecho laboral actualmente vigente.

Asimismo, se debaten cuestiones relativas a la flexibilidad laboral, analizando sus ventajas e inconvenientes, puesto que si bien es cierto que la digitalización trae consigo una mejora en el desempeño del trabajo y una mayor autonomía en la organización del mismo, así como una reducción en los tiempos de desplazamientos y una mayor conciliación de la vida familiar y laboral, también puede crear una brecha importante entre aquellos colectivos que cuentan con los medios suficientes para beneficiarse de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) y los que, por características personales o sociales no los disponen.

Entrando ya en el análisis concreto de los colectivos vulnerables, el libro dedica un capítulo a las personas del ámbito rural, que por la escasez de servicios o bien la baja calidad de los mismos, no resulta un lugar atractivo ni como lugar de vida ni como lugar de trabajo. Recientemente, se está tomando conciencia de la gravedad de este asunto, por lo que se están implementando programas de actuación en esta materia, y sobre todo en relación a la lucha contra la despoblación, como es el programa “130 Medidas frente al Reto Demográfico”, estrechamente relacionado con el anterior “Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia”, entre otros.

La brecha de género es otro de los asuntos controvertidos y para el que se han estado buscando numerosas soluciones. Uno de los objetivos principales en el mundo del trabajo es la búsqueda de que este sea más justo e igualitario, ofreciendo las mismas oportunidades para los distintos géneros. Este aspecto se ha visto aún más agravado en el ámbito tecnológico, donde la participación de la mujer en compañías tecnológicas es escaso y es precisamente esto lo que se pretende corregir.

Otros colectivos vulnerables son los referidos a los mayores y a las personas desempleadas de larga duración. En España existe una clara falta de oportunidades de empleo y una limitación en la formación para las personas de más de 55 años, presentando una de las tasas de empleo más bajas de los países de la Unión Europea para esta franja de edad. A este respecto, un mercado de trabajo que esté altamente digitalizado hace mella en este colectivo de edad más madura, por lo que no resulta descabellado el planteamiento de si se pudiese estar produciendo una nueva forma de

discriminación. Algo similar ocurre con las personas desempleadas de larga duración, puesto que si ya les resulta complicado incorporarse al mercado de trabajo, más aún les resultará en un mercado donde prima la digitalización.

En cuanto al empleo de la población joven en la era de la digitalización, se realiza una somera pero brillante referencia a la Brújula digital 2030 lanzada por la Unión Europea, la cual tiene como uno de sus pilares fundamentales la cualificación profesional en el sector de las tecnologías de la información; es, obviamente, un ámbito en el que los jóvenes con un nivel educativo alto encuentran una innegable ventaja competitiva en el ámbito laboral, aunque ciertamente muy masculinizado. Seguidamente, se realizan una serie de reflexiones sobre las oportunidades y riesgos de las nuevas formas de empleo en la era de la digitalización, tanto en relación al empleo, como a las condiciones de prestación de los servicios. Es evidente que la digitalización y el trabajo en las plataformas digitales puede implicar una modificación de las formas tradicionales del trabajo por cuenta ajena, en numerosos aspectos, como el tiempo de trabajo y el derecho a la desconexión, la prevención de riesgos laborales, la individualización de las condiciones laborales, o las nuevas formas de la representación legal de los trabajadores, haciendo necesaria una protección normativa por parte de los poderes legislativos.

Es importante a su vez la integración socio-laboral de los inmigrantes, un colectivo debilitado por las prestaciones sociales de desempleo cuando se encuentran en situación irregular en nuestro país. En ese sentido, la autora realiza una llamada a la universalidad de la prestación superando la distinción entre inmigrantes regulares e irregulares, invocando el derecho constitucional de toda persona, sin distinción étnica o por su origen y situación de residencia en España, a una existencia digna y a los niveles adecuados de protección que ha de facilitar el Estado de Bienestar.

Otro de los colectivos con dificultades tanto de integración socio-laboral como para su empleabilidad e inserción en el ámbito laboral son las personas con diversidad funcional. Por una parte, se analiza el incremento de sus posibilidades generadas por la digitalización; en concreto, las que ofrece el teletrabajo, la inteligencia artificial y, en definitiva, estas nuevas tecnologías suponen una apertura al mundo laboral de este colectivo que se siente en condiciones de igualdad para su empleabilidad. Ahora bien, para alcanzar esos objetivos será necesario garantizar a esa colectivo que pueda alcanzar las competencias digitales que las permitan acceder a dichas ofertas de empleo en condiciones de igualdad. Por otro lado, se examina la discapacidad desde la óptica del derecho a la igualdad, indicándose que España es el país donde más ha crecido la desigualdad por discapacidad en los últimos años según un informe de la OIT. Por último, se lleva a cabo una reflexión sobre la problemática de las mujeres con discapacidad, realizando un breve pero no menos interesante y necesario examen de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación. Posteriormente, se contiene un apartado sobre la protección por despido objetivo de las mujeres con diversidad funcional, por la falta de adaptación a las modificaciones tecnológicas que se hayan producido en su puesto de trabajo, en particular en las relaciones laborales de carácter especial.

Acerca de las personas enfermas, se realiza un análisis exhaustivo de la jurisprudencia del TJUE y de la normativa española hasta la aprobación de la Ley 15/2022. En nuestro país, los Tribunales

Superiores de Justicia habían mantenido unos criterios no homogéneos respecto a la enfermedad crónica como causa de discriminación en el ámbito laboral, aunque la tendencia más consolidada era la de determinar la improcedencia de los despidos y no la nulidad de estos, si la persona despedida tenía dicha enfermedad. Este debate puede considerarse ya zanjado, pues la Ley 15/2022 establece sin género de dudas a la enfermedad (y no solo la crónica) como causa de discriminación, lo que puede generar según se expone en las conclusiones, una excesiva litigiosidad, sobre todo en relación a los despidos, cuya calificación sería la nulidad.

Por último, encontramos las personas LGTBIQ+ y las minorías étnicas, donde se realiza una visión desde el pasado hasta el presente, contemplando las dificultades que han tenido estos colectivos en el mundo del trabajo. En ambos sentidos, existe una amplia jurisprudencia tanto por los Tribunales Europeos como Nacionales, donde se examinan numerosos casos de infracción del derecho al respeto de la vida privada de las personas trabajadoras, así como de discriminación por razón de raza.

En definitiva, tal y como se ha hecho referencia, estamos ante una obra precisa y muy completa que analiza ampliamente un tema tan actual y controvertido como es el impacto que tiene la implantación de las nuevas tecnologías de la comunicación y la información en el mundo laboral para los colectivos más vulnerables de la sociedad. En reiteradas ocasiones se ha puesto de manifiesto la necesidad de garantizar una protección adecuada respecto de estos colectivos, para conseguir un mundo laboral más justo e igualitario en todos los sentidos. Finalmente, felicitar a todos los autores participantes en la elaboración del presente libro por el gran trabajo que han realizado y, además, recomendar su lectura puesto que es uno de los asuntos que está teniendo mayor relevancia en el ámbito socio-laboral.

## RESEÑA DE “EL FUTURO DE LAS PENSIONES EN UN CONTEXTO DE REFORMAS Y CAMBIOS TECNOLÓGICOS”

(VILA TIERNO, F. y GUTIÉRREZ BENGOCHEA, M., DIRS.; GÓMEZ SALADO, M.Á., CODIR.; AGUILAR SEGADO, C.D., MONTES ADALID, G.M., CASTRO MEDINA, R., COORD., TIRANT LO BLANCH, VALENCIA, 2022, 803 PÁGINAS)

**José Iván Pérez López**

Becario de investigación

Universidad de Málaga

[joseivanperezlopez@uma.es](mailto:joseivanperezlopez@uma.es) ORCID [0009-0005-0865-0125](https://orcid.org/0009-0005-0865-0125)

Recepción de trabajo: 09-03-2023 - Aceptación: 15-03-2022 - Publicado: 22-03-2023

Páginas: 367-369



La viabilidad de la sostenibilidad financiera de la Seguridad Social, se encuentra condicionada a la superación de los emergentes y diversos problemas nacidos de la sociedad contemporánea. El creciente envejecimiento de la población, la adaptación de la cotización tradicional dentro del marco de las TIC y la crisis económica, dificulta la implementación de reformas verdaderamente reales y efectivas que contribuyan a la sostenibilidad de las Pensiones en España a largo plazo. Este libro, sirviéndose del apoyo de las indicaciones de la Unión Europea y el Pacto de Toledo, pretende ser un instrumento eficaz para determinar con precisión medidas que fomenten, promuevan y constituyan una administración eficaz, moderna y rentable de la Seguridad Social.

Este libro se comprende de un título preliminar y cuatro títulos principales. El libro comienza describiendo la situación de como el actual sistema de pensiones se encuentra influido sobre tres factores principales que afectan a su sostenibilidad. Cada uno de estos tres factores van siendo desarrollados como partes integrantes de una justificación constitucional que fundamenta la exigencia de un plan de pensiones, así como todo el desarrollo legal emanado del Pacto de Toledo y su influencia en las sucesivas normativas. Más adelante se recogen algunas

## “EL FUTURO DE LAS PENSIONES EN UN CONTEXTO DE REFORMAS Y CAMBIOS TECNOLÓGICOS”

cuestiones desarrolladas en el marco del Plan de recuperación, transformación y resiliencia presentado a la Unión Europea. Dicho plan recoge, entre otros aspectos, un plan de sostenibilidad a largo plazo del sistema público de pensiones cuyo protagonista es el pacto intergeneracional entre jóvenes y mayores.

También se aborda el establecimiento de técnicas de revalorización de las pensiones, redundando en la importancia de la justicia social, pues más allá de las exigencias económico, el aumento del nivel de vida depende en gran medida del aporte de otras generaciones.

Más adelante, se expone el futuro desafío del sistema de pensiones dentro de la perspectiva de las políticas públicas y financieras. Para determinar con precisión un modelo adecuado de regulación de las pensiones, se aborda dicha cuestión dentro desde la perspectiva de los grandes factores que le han influido: la crisis financiera de 2008, la pandemia por COVID-19, la actual escasez de materias primas y la invasión de Ucrania por Rusia. En definitiva, se trata de acentuar la necesidad de una adecuada respuesta por parte del legislador ante las nuevas realidades sociales que enfrenta la prestación por jubilación. Este contexto requiere el establecimiento de una nueva forma de equilibrio entre los procesos de reforma en materia de pensiones y el pago de los mismos si pretendemos hacer de la Seguridad Social un sistema garantista y duradero. También se tratan cuestiones acerca de la jubilación anticipada por razón de la actividad, por discapacidad, por causa no imputable al trabajador y por voluntad del interesado, así como su repercusión en el actual contexto de demográfico decreciente y su impacto en la sostenibilidad del sistema de pensiones en España.

Así mismo se abordan diversas cuestiones acerca del impacto que las diferentes normativas promulgadas han tenido tras la reforma del sistema de pensiones. Redactado por Miguel Ángel Gómez Salado, codirector del presente trabajo y Profesor Titular del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Málaga, aborda los aspectos más relevantes sobre las recientes modificaciones en materia de pensiones, facilitando al lector un enfoque panorámico adaptado a la realidad actual.

Otro de los enfoques abordados en este libro consiste en diversos análisis acerca de la protección de las personas mayores a propósito de la Ley 21/2021 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. También se analiza el establecimiento de medidas de prolongación de la vida activa y de la tensión existente entre la sostenibilidad del sistema de pensiones y empleo juvenil. Dentro del contexto de los colectivos vulnerables, se analiza el estudio de diferentes medidas para dar visibilidad sobre aquellos colectivos más vulnerables que, desde la perspectiva de la protección social, requieren una previsión social complementaria. También se tratan cuestiones relativas del actual sistema de pensiones en el contexto de la lucha contra la brecha de género, enmarcando dicha lucha como prioridad de primer orden, tal y como establecen las políticas de la Unión Europea a fin de erradicar la desigualdad de género.

El Título segundo, relativo a las competencias TIC y Pensiones, arranca con un análisis sobre la posibilidad de adaptar el Sistema de Pensiones frente a su progresiva digitalización y financiación así como el nuevo contexto de las Pensiones ante las nuevas formas organizativas del trabajo y su

## “EL FUTURO DE LAS PENSIONES EN UN CONTEXTO DE REFORMAS Y CAMBIOS TECNOLÓGICOS”

transformación tecnológica. También se analiza el papel de las nuevas tecnologías en la productividad, sus efectos en la economía dentro del marco del sistema de Pensiones, aspectos acerca de los retos actuales del sistema de pensiones ante la emergente digitalización y robotización, como son las nuevas herramientas de inteligencia artificial en los Sistemas de Seguridad Social, desde un doble enfoque: la lucha contra el fraude y el mantenimiento de las Pensiones.

Dentro del ámbito del derecho financiero, se añaden aspectos referentes al IRPF, en concreto el régimen de deducciones tributarias encaminadas a favorecer la protección social de las personas discapacitadas en España.

Volviendo al tema principal, se siguen abordando diversos estudios sobre algunas modificaciones específicas producidas por la última reforma del sistema de pensiones que le afectan de manera particular. Más adelante, se vuelve a tratar el análisis de algunos instrumentos de carácter social que han emergido tras la reforma del sistemas de pensiones, en el contexto del aumento demográfico así como su impacto, proponiendo una serie de alternativas y un paquete de medidas recomendadas contenidas en el Pacto de Toledo. La viabilidad futura del plan de pensiones no es ajena al apoyo de la Unión Europea, por ello también se analizan distintas normativas supranacionales que también fundamentan y justifican un deber de protección por parte de los poderes públicos a la sostenibilidad de la seguridad Social.

Por último, el libro concluye con las aportaciones de varios profesores de América Latina. Se trata de un estudio de derecho comparado entre el sistema de pensiones Español y Británico. Además se añade otro pequeño análisis de la situación actual del sistema de pensiones tras la implementación en España del plan de recuperación y resiliencia promovido por la unión europea.

En definitiva, el libro supone una herramienta útil y eficaz para comprender la situación del actual sistema de pensiones español. Elaborado y redactado por profesionales del Derecho Laboral y de la Seguridad Social de distintas universidades españolas, pretende constituir un apoyo esencial para conocer los aspectos fundamentales que son necesarios si se busca una visión en conjunto del sistema de pensiones. Los nuevos factores que afectan a su sostenibilidad, el elemento demográfico, las nuevas tecnologías asociadas al emergente mercado digital, constituyen aspectos de primer orden de cara a la comprensión efectiva y rigurosa del sistema de pensiones y del mantenimiento de la Seguridad Social en el mundo del futuro.

## RESEÑA DE “EL TRABAJO YA NO ES LO QUE FUE”

(SUPIOT, A., CLAVE INTELECTUAL, MADRID, 2023)

**Luis Ocaña Escolar**

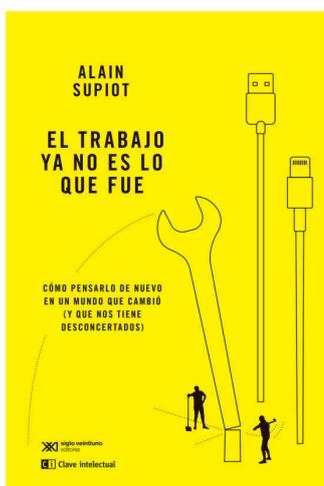
*Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

*Universidad de Sevilla*

[locana2@us.es](mailto:locana2@us.es) ORCID [0000-0001-6742-5087](https://orcid.org/0000-0001-6742-5087)

Recepción de trabajo: 19-03-2023 - Aceptación: 20-03-2023 - Publicado: 22-03-2023

Páginas: 370-372



“El trabajo ya no es lo que fue” constituye la última obra editada en castellano del profesor Supiot. Se trata de dos lecciones dictadas en torno al trabajo humano: “El trabajo no es una mercancía. Contenido y sentido del trabajo en el siglo XXI”, lección de clausura impartida en el Collège de France el 22 de mayo de 2019; y “La justicia en el trabajo”, versión ampliada de la conferencia inaugural de la 24ª edición de los Rendez-Vous de l’Histoire pronunciada el 8 de octubre de 2021.

Ambas reflexiones pueden enmarcarse dentro de las preocupaciones enmarcadas por el autor en la expresión “más allá del empleo” y que atienden a las necesidades de tutela del trabajador con un enfoque temporal que supera el período laboral de cada trayectoria personal. Es en este sentido donde se incardinan también sus aportaciones para profundizar sobre el concepto de justicia social, horizonte que construye partiendo de una teoría de los valores en la que no faltan ni el enfoque ecológico ni las críticas a la institución del mercado.

En la primera de las conferencias, el hilo conductor del profesor bretón pivota sobre la idea que enuncia su título: el trabajo no es una mercancía. Atiende en primer lugar, a las relaciones entre personas y máquinas surgidas a propósito de la revolución digital e insiste en la necesaria sostenibilidad de los modos de producción como mecanismo válido para afrontar la crisis ecológica. Entiende Supiot que quienes defienden la noción de “capital humano” vienen a identificar el tra-

## “EL TRABAJO YA NO ES LO QUE FUE”

bajo con una mercancía y las consecuencias de este pensamiento conducen —inexorablemente— a los libros de contabilidad de los esclavistas.

El acento en la noción de trabajo debe fijarse en el objeto del mismo, en las obras realizadas. Y huye así del valor de cambio. La justicia social no puede nacer del mero intercambio salarial y antes al contrario, requiere de una visión más amplia, en la que no duda en referirse a pensadores de las más diversas disciplinas sociales: economistas, sociólogos, filósofos, antropólogos, etc. Es a partir de aquí como justifica su “concepción ergológica del trabajo” que, a partir de la experiencia misma del trabajo, restaura la jerarquía de los medios y de los fines poniendo como parámetro el estatuto del trabajador sobre la obra por realizar y no sobre su producto financiero. Estamos ante una completa filosofía del derecho del trabajo y la protección social.

Especialmente relevante resulta su referencia a la Declaración de Filadelfia del 10 de mayo de 1944, motivo éste recurrente en su obra y en el que se apoya para subrayar que el trabajo humano entraña activar un compromiso físico, una inteligencia y unas competencias que se inscriben en la singularidad histórica de cada vida humana. De esta manera, proyecta su pensamiento a escala mundial.

Durante la segunda de las conferencias —titulada “La justicia en el trabajo”—, Alain Supiot expone que la exigencia de justicia en el trabajo ha sido un motor de la transformación de las instituciones y una constante en la historia. La justicia —en su dimensión axiológica— requiere de un esfuerzo firme y perpetuo. Critica con dureza que la justicia social haya quedado fuera de la Agenda 2030, que marcada por el orden gerencial no la incluye en ninguno de sus 17 objetivos, 169 metas y 244 indicadores de desempeño.

Por el contrario, sitúa como pilares de la democracia económica los tres siguientes: libertad sindical, derecho a huelga y negociación colectiva. Y esta idea entronca con la valoración de la dignidad de las personas trabajadoras. Deben ser considerados no por lo que tienen o por lo que son, sino por lo que hacen. Se trata de una reflexión coincidente con los valores tradicionales del movimiento jornalero andaluz, marcados por los principios de “la unión, el cumplir y el reparto”. La justicia social, reclama, no debe quedarse encerrada en un enfoque binario del tener y del ser, sino abrirse al hacer, al reconocimiento del sentido y del contenido del trabajo cumplido. La razón de ser de los trabajadores estriba, pues, en lo que hacen y en la manera en que lo hacen. Es ahí donde encontrar la utilidad e inocuidad de su trabajo.

Este trabajo, que coincide con los seres humanos que forman la sociedad, concurre en la tierra, medio natural en el que cada sociedad existe. El trabajo o mejora o arruina el espacio vital. Las dimensiones social y ecológica son indisociables. Y ni una (trabajo) ni otra (tierra) son sino mercancías ficticias, que no son tales sino meras construcciones doctrinales elaboradas por determinadas posiciones e intereses económicos neoliberales. Esta idea del orden social económico puede encontrarse en documentos tan a priori dispares como el artículo 15 de la Constitución de la República Popular China o la jurisprudencia del TJUE (sentencia de 18 de septiembre de 2014, Asunto C-549/13). Es el dominio de la gobernanza por los números, que alcanza a profesiones tan aparentemente lejanas a tales posiciones como el funcionariado público o el profesorado universitario. Se hace por tanto necesario huir de la economía conductual y de las técnicas por esta empleadas

## “EL TRABAJO YA NO ES LO QUE FUE”

(*nudges*), puesto que están directamente relacionadas con las patologías psíquicas y de malestar en el trabajo.

La conclusión que alcanza finalmente el autor es que no debe concebirse el trabajo de las personas sobre la base del modelo de aquel de sus máquinas.

De aquí que se haga necesaria una revisión radical de la organización del trabajo tanto en la esfera pública como en la privada. Las necesidades humanas, de un lado, y el respeto a la naturaleza deberían ser los factores de los que partir para alcanzar el horizonte de la justicia social en un escenario propuesto de “mundualización” —por oposición a lo inhumano— y superador del actual marco globalizador. La obra de Supiot, es, sin duda, una herramienta útil y valiosa para avanzar, desde la justicia en el trabajo hacia el objetivo de asociar dignidad humana a la preservación del medio natural.

## RESEÑA DE “EL MÍNIMO VITAL EN CHILE”

(MONTEIRO PESSOA, R., LUMEN JURIS, RÍO DE JANEIRO, 2020)

**Salvador Perán Quesada**

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Málaga

[speran@uma.es](mailto:speran@uma.es) ORCID [0000-0002-0131-7726](https://orcid.org/0000-0002-0131-7726)

Recepción de trabajo: 23-03-2023 - Aceptación: 23-03-2023 - Publicado: 23-03-2023

Páginas: 373-377



### CRISIS POLÍTICA Y CAMBIO SOCIAL EN EL CHILE CONTEMPORÁNEO. DE LA CONSTITUCIÓN QUE NO FUE A LA CONSTITUCIÓN QUE NO PUEDE SER. LECTURA CRÍTICA DE LA OBRA *EL MÍNIMO VITAL EN CHILE* DE RODRIGO MONTEIRO PESSOA

Aquí se presenta un texto personal, fruto de la lectura de la monografía *El mínimo vital en Chile*, escrita por el profesor brasileño —chileno de adopción— Rodrigo M. Pessoa, lo que implica que aquí queda reflejada mi opinión personal, no necesariamente coincidente con la del autor. Téngase en cuenta, además, que la obra fue publicada en el año 2020 —por la editorial Lumen juris— y esta revisión se realiza en el año 2022, por lo que necesariamente se verá influenciada por los acontecimientos de estos últimos tiempos en Chile.

Representa una obra importante, oportuna, y avanzada socialmente, que desborda tanto su contenido material como su alcance territorial. En primer lugar, por su destacado alcance doctrinal, en segundo lugar, por su análisis de los principios generales y de derecho internacional implicados. Puede ser leída desde distintos contextos en Latinoamérica y Europa, dada su profundidad teórica, humana e intelectual. Se estructura en torno a tres ejes que van complementándose y articulándose de modo coherente, analiza el soporte del mínimo vital en el marco de los Derechos fundamentales de carácter universal, el

concepto de mínimo vital desde una perspectiva doctrinal y su configuración en el marco del derecho social chileno, que debiera ser y no es.

Es una obra humanista y me atrevería a decir militante, que pone las bases doctrinales de un sistema social garantista ante los estados de carencia, como fundamento de las sociedades democráticas. Las democracias contemporáneas deben fundamentarse en un cuadro consolidado de derechos de ciudadanía, que garanticen a los ciudadanos una protección adecuada y suficiente ante estados de necesidad, y permitan su desarrollo en igualdad de derechos, pero también de oportunidades.

El título carece de sustantivo, pero no de lo sustancial. En la tradición europea el concepto de mínimo vital viene asociado a los ingresos, salarios o las rentas, concretándose generalmente en prestaciones de carácter asistencial y no contributivas dirigidas a asegurar un sustento material —y económico— básico, mínimo o suficiente, que evite las formas más severas de pobreza. El autor, de forma acertada, plantea un marco de protección más complejo y amplio, que reconozca y permita el acceso mínimo al conjunto de derechos sociales relevantes. Los estándares básicos del estado de bienestar no quedan determinados exclusivamente por el acceso a determinados niveles de renta, si bien estos pueden ser importantes, por lo que las garantías sociales deben incorporar una diversidad de técnicas, servicios y beneficios sociales que permitan una protección social holística.

Sin lugar a dudas es una obra oportuna. La portada de la misma muestra una imagen del conocido como “*estallido social*”, cuadro de movilización social sin precedentes, nacido de forma concreta, como respuesta al encarecimiento de los sistemas de transportes metropolitanos, pero que se manifestó como válvula de escape del conjunto de tensiones sociales acumuladas durante años de políticas neoliberales. El *estallido social* significó el fin del relato del milagro económico chileno y puso sobre la mesa la necesidad de repensar de forma intensa los fundamentos de la Nación. La crisis política tuvo como consecuencia la convocatoria del conocido como Plebiscito nacional de Chile, celebrado el 25 de octubre de 2020, en el que se planteaba la necesidad de iniciar un proceso constituyente para la redacción de una nueva Constitución, y el procedimiento por el cual debía organizarse la comisión constituyente, el 78% del pueblo chileno aprobó la necesidad de actualizar el marco constitucional y abandonar definitivamente el ordenamiento jurídico derivado de la dictadura militar.

El proyecto de nueva Constitución fue presentado ante el pueblo chileno para su convalidación el pasado 4 de septiembre de 2022 en el conocido como Plebiscito Constitucional de Chile, recibiendo igualmente un severo rechazo de la ciudadanía chilena superior al 61%. De un modo un tanto provocador podríamos decir que el pueblo de Chile ha rechazado tanto el texto constitucional vigente como su propuesta de reemplazo, lo que no hace más que dilatar la crisis político-social que arrastra el país. En este texto no se pretende analizar el contenido de la Constitución fallida, ni sus posibles aciertos o fallos, o la conveniencia y oportunidad política de su apruebo o de su rechazo, pero sí remarcar la necesidad de actualizar los principios constitucionales chilenos en torno al principio del Estado Social. Chile no merece durante más tiempo un marco Constitucional derivado de la dictadura militar pinochetista, por mucho que se halla visto reformado en democracia.

En este sentido, esta obra viene a enriquecer los debates contemporáneos. La Constitución de 1980 se encuentra en medio de un conflicto interpretativo entre el Estado liberal, mínimo y

subsidiario, cuyos principales fines es asegurar las libertades individuales, la autonomía personal y la propiedad privada, y el Estado activo, obligado a promover el bien común, asegurando el derecho de los ciudadanos a participar en igualdad de oportunidades, así como obligado a la creación de las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible.

La forma del Estado y el cuadro de garantías y fines políticos en que se configúre va a determinar el alcance y el modo en que se tutelan los derechos Fundamentales, dado que esta está relacionada con la forma de Estado. Traducido a la tensión en la forma Estado, los derechos fundamentales en el Estado liberal estarán dirigidos a asegurar la libertad del individuo frente al Estado, mientras que, en el Estado social, buscarían superar la libertad jurídica ofrecida en la teoría liberal, para transformarla en una libertad real. De este modo los derechos fundamentales no tendrían exclusivamente un carácter delimitador de naturaleza negativa, sino que crearían obligaciones de prestación social al Estado.

La Constitución vigente incorpora un catálogo básico y precario de derechos sociales, laborales y de seguridad social, carente de garantías suficientes, lo que debilita su eficiencia social, y aleja al ordenamiento jurídico chileno del ideal del Estado social. Ciertamente, el texto originario se ha visto reformado con intensidad en estos tiempos. Por ejemplo, la Ley 18.825 vino a modificar la Carta Magna integrando al bloque de constitucionalidad los principios recogidos en los tratados internacionales ratificados por Chile, lo que ha venido a reforzar la dimensión del Estado chileno como un Estado activo en la garantía de los derechos fundamentales, también de carácter social. Como primera consecuencia, se ha integrado al ordenamiento jurídico chileno el mandato a los poderes públicos de la garantía, promoción y respeto de la dignidad de la persona humana, como mínimo invulnerable que debe ser asegurado.

El uso de la normativa internacional convalidada por Chile resulta imprescindible para elaborar un catálogo coherente de derechos sociales. De forma coincidente la propia corte Constitucional chilena ha ampliado el bloque constitucional de derechos sociales fundamentales por la aplicación de la normativa internacional, aunque implicase superar el contenido material o expreso de la Constitución chilena. El fallo 3452-2006 y el Recurso de casación 6186-2006, reconoció que los principios del derecho internacional y las normas del derecho consuetudinario formaban parte del ordenamiento jurídico nacional y siendo invocables por todos los ciudadanos, atendiendo al compromiso moral y jurídico del Estado ante la comunidad internacional de respetarlos, promoverlos y garantizarlos.

De este modo, si bien el marco constitucional vigente queda lejos de consolidar el Estado social en Chile, si refuerza la dimensión del *Estado activo* en la garantía de unos mínimos que aseguren la dignidad de todos los ciudadanos chilenos. Cabe preguntarse, hasta que punto una Constitución que no configura o garantiza el Estado social puede resultar un impedimento para, por la vía normativa, desarrollar los elementos propios de un sistema socialmente garantista. El marco constitucional no integra de forma real y efectiva garantías para el ejercicio del principio de igualdad material o de oportunidades ni para la necesaria solidaridad nacional interclasista y generacional, que establezca mecanismos de redistribución de la riqueza y evite, al menos las formas más sangrantes de desigualdades sociales o de pobreza, pero en todo caso, tampoco se opone a ellos.

En este sentido, permítase una cierta desviación hacia el gran debate de la actualidad chilena, que puede resultar paradigmático respecto a lo aquí expresado. Me refiero al Proyecto de Ley presentado por el gobierno del presidente Boric el pasado 7 de noviembre de 2022, por el que se crea un nuevo sistema mixto de pensiones y un seguro social en el pilar contributivo, se mejora la pensión garantizada universal (PGU) y se establecen beneficios y modificaciones regulatorias al régimen general de pensiones en Chile.

El proyecto toma como referencia debates antiguos y recurrentes en Chile, desarrollados en el marco de los fallidos intentos de reformas del sistema de pensiones de la presidenta Bachelet en 2017 y del presidente Piñera en 2019. Ciertamente, reformar el sistema de pensiones en el país andino no será sencillo. Por una parte, por las importantes implicaciones económicas, sociales e incluso culturales que tiene la materia. Por otra, por la característica prudencia chilena ante los cambios estructurales y severos. Pero si bien las reformas de un mayor carácter global no fueron posibles, si vinieron acompañadas de mejoras en la protección social de los colectivos más vulnerables, sea por el pilar solidario creado por la presidenta Bachelet en 2008, sea por la PGU creada por el presidente Piñera en 2022.

Lo cierto, y sobre lo que debe existir consenso, es el reconocimiento de la incapacidad del modelo chileno de pensiones para asegurar una vida digna en la vejez a la mayoría social del país. La mediana de las pensiones autofinanciadas generadas entre 2007 y 2021 alcanzó los 69,27 euros —64.216 PCH—, siendo la pensión mediana de las mujeres de 33,1 euros o 30.685 PCH (Superintendencia de Pensiones). Dado que estas pensiones son claramente insuficientes para la supervivencia, el Estado ha ido implementando complementos de carácter asistencial, lo que ha originado un gasto en el pilar solidario en el último año —entre septiembre de 2021 y agosto de 2022— de 3.989 millones de dólares, un 1,5% del PIB Nacional.

Pero quizás estos no sean los mayores problemas del sistema. Su estructura individual reproduce las desigualdades sociales del mercado de trabajo y de la informalidad, lo que afecta a los niveles de ingresos sobre los que se cotiza y la densidad de las cotizaciones. Las extraordinarias desigualdades sociales que se manifiestan en Chile, constituyen el fundamento de la inestabilidad social, política y económica del país y están en la base de las dificultades chilenas para progresar en desarrollo social y económico. El sistema de pensiones chileno pivota de forma radical en la responsabilidad individual, transfiriendo a las personas la responsabilidad de autoprotegerse frente al amplio cuadro de contingencias sociales a las que puedan verse abocados en el transcurso de sus vidas, pero también, haciéndolas responsables del riesgo derivado del propio funcionamiento del sistema de pensiones. La función del Estado garantista desaparece plenamente en Chile, más allá del sostenimiento de un pilar solidario —y precario— que asegure un mínimo vital. Ciertamente, resulta discutible que decisiones vitales para la protección material del sistema de pensiones como la elección de la administradora, el fondo donde se realizan las inversiones o la modalidad de pensión, deban recaer exclusivamente sobre un beneficiario, muy sensible a las fuertes asimetrías de acceso a la información necesaria para una adecuada gestión de un fondo de estas características.

Pero además el sistema tiene un problema de financiación y sostenibilidad. La cotización del 10% del ingreso imponible se ha mantenido estable desde la instauración del sistema de capitalización

individual en el año 1981, y resulta claramente insuficiente. Esta reforma plantea algunos cambios significativos, si bien mantiene la premisa general del sistema de capitalización individual. Por una parte, refuerza la función pública y la publicación del sistema. Por otra, integra el principio de solidaridad en el propio pilar contributivo y reparte las cargas de un modo más equilibrado entre empleadores y trabajadores.

Dichos principios pueden ser relacionados con el relato general de esta obra. La búsqueda doctrinal del principio del mínimo vital, la consolidación de un marco garantista adecuado y la creación del Estado social capaz de generar una alianza entre el Estado y la sociedad dirigido a asegurar el bien común y las condiciones mínimas para la existencia digna de las personas. En este sentido, incorpora un cierto optimismo sobre lo posible, lo deseable y lo alcanzable por el marco normativo chileno de tutela de los derechos fundamentales. Alienado a Böckenförde, defiende la concepción de una forma de Estado que permita caminar en dirección al Estado social, lo que implica modificar la forma en que se tutelan los derechos fundamentales de carácter social. La configuración como Estado activo en la consolidación de las condiciones básicas para el bien común, implica un marco de imputación al Estado en la consolidación de un suelo social de carácter universal.

Chile se encuentra ante el reto de dar respuesta a las demandas sociales que reclaman un Estado social moderno y garantista. El mínimo vital se configura como expresión de los principios constitucionales del derecho a la vida, la dignidad humana, la libertad y la igualdad, pero también es expresión de un modelo socialmente activo y solidario que irradie sus efectos para la tutela de los derechos económicos, sociales y culturales. Como dice el autor, el mínimo vital es un principio jurídico que surge a partir de una interpretación constitucional que basada en una teoría de los derechos fundamentales conectados a la forma del Estado social. Con el Estado social y democrático de derecho el ente público vuelve a alinearse con la sociedad y busca auxiliarla en la persecución del bien común. La solidaridad es un principio basal que permite la materialización del mínimo vital.

El proceso constituyente no debe ser cerrado en falso. Un proceso de esta naturaleza solo será eficaz si es capaz de ser transversal desde el punto de vista generacional, político y social. El pueblo de Chile reclama avances en un modelo social y garantista, pero también en un Estado de derecho estable, y en un marco económico dinámico y avanzado. Conjugarse y alcanzar los equilibrios entre los elementos en juego no resultará sencillo. La lectura de esta obra representa un buen punto de partida para repensar las políticas sociales contemporáneas dirigidas a evitar las formas más severas de pobreza, pero especialmente o de forma más amplia, la función propia del Estado social como fundamento del Estado democrático. El pueblo es sabio, sabrá encontrar su senda.