



REVISTA DE ESTUDIOS JURÍDICO LABORALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL

revista semestral

noviembre-abril 2024

REJLSS

ISSN-e 2660-437X

8

REVISTA DE ESTUDIOS JURÍDICO LABORALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL

PERIODICIDAD SEMESTRAL

NOVIEMBRE-ABRIL 2024

PRESIDENCIA

Francisco Vila Tierno

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Málaga

DIRECCIÓN

Miguel Ángel Gómez Salado

Profesor Titular 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

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.
- Proyecto Estatal de I+D+i “La Sostenibilidad del Sistema de Pensiones en contextos de reformas e inestabilidad económica” (PID2022-140298NB-I00).

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



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

NUEVAS OBLIGACIONES LABORALES, NUEVAS INCERTIDUMBRES

NEW WORK OBLIGATIONS, NEW UNCERTAINTIES 8-10

ESTUDIOS DOCTRINALES

Juan José Fernández Domínguez y Cristina González Vidales

TECNOLOGÍA Y PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
TRANSNACIONAL. Un Análisis Exploratorio

*TECHNOLOGY AND OCCUPATIONAL RISK PREVENTION IN TRANSNATIONAL COLLECTIVE BARGAINING.
An Exploratory Analysis* 12-42

Henar Álvarez Cuesta

LA PROTECCIÓN SOCIAL A TRAVÉS DE LA “REFORMA” DE LOS SUBSIDIOS DE DESEMPLEO
PARA UNA TRANSICIÓN JUSTA CLIMÁTICA

SOCIAL PROTECTION THROUGH THE “REFORM” OF UNEMPLOYMENT BENEFITS FOR A JUST CLIMATE TRANSITION 43-72

María del Rosario Cristobal Roncero

LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y PROFESIONAL EN LA UNIÓN EUROPEA

THE DEVELOPMENT OF NEW FORMS OF EMPLOYMENT FROM THE PERSPECTIVE OF WORKING TIME..... 73-97

Isabel María Villar Cañada

LA GARANTÍA DE LA SOSTENIBILIDAD INTEGRAL COMO OBJETIVO ESENCIAL
EN EL SISTEMA DE PENSIONES. También, y más aún, en épocas de crisis

*GUARANTEEING FULL SUSTAINABILITY AS AN ESSENTIAL OBJECTIVE IN THE PENSION SYSTEM.
Also, and even more so, in times of crisis* 98-119

Marina Fernández Ramírez

NUEVO ENVITE LEGISLATIVO SOBRE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN EL ORDEN SOCIAL

NEW LEGISLATIVE CHALLENGE ON ENFORCEMENT OF JUDGMENTS IN THE SOCIAL FIELD..... 120-140

Pompeyo Gabriel Ortega Lozano

ACERCA DE LAS ÚLTIMAS TRANSFORMACIONES Y REFORMAS
QUE AFECTAN AL DESPIDO COLECTIVO

ABOUT THE LATEST TRANSFORMATIONS AND REFORMS THAT AFFECT COLLECTIVE REDUNDANCY 141-168



Macarena Ángel Quiroga

LA INTERMEDIACION LABORAL COMO ELEMENTO CENTRAL DE LA POLÍTICA ACTIVA DE EMPLEO EN EL CONTEXTO DE LA MOVILIDAD INTERNACIONAL DE TRABAJADORES

LABOUR INTERMEDIATION AS A CENTRAL ELEMENT OF ACTIVE EMPLOYMENT POLICY IN THE CONTEXT OF INTERNATIONAL LABOUR MOBILITY 169-191

Mónica Ricou Casal

OIT: VISIBILIZAR LA DIFERENCIA BIOLÓGICA HOMBRE-MUJER. CLAVE PARA UNA REAL Y EFECTIVA SALUD LABORAL

ILO: MAKE VISIBILITY OF MEN-WOMEN BIOLOGICAL INEQUALITY KEY TO REAL AND EFFECTIVE WORK HEALTH ... 192-209

Brenda Isabel Murrugarra Retamozo

HISTORIA DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO LABORAL PERUANO: EL CAMINO RECORRIDO POR LAS CONSTITUCIONES DE 1979 Y 1993

HISTORY OF THE CONSTITUTIONALIZATION OF PERUVIAN LABOR LAW: THE PATH FOLLOWED BY THE 1979 AND 1993 CONSTITUTIONS 210-234

María Marta Martínez Jiménez

EL CIBERACOSO EN EL TRABAJO COMO RIESGO EMERGENTE: CLAVES DE SU RÉGIMEN JURÍDICO PREVENTIVO EN LAS LEYES Y CONVENIOS COLECTIVOS MÁS RECIENTES

CYBERBULLYING AT WORK AS AN EMERGING RISK: KEYS TO ITS PREVENTIVE LEGAL REGIME IN THE MOST RECENT LAWS AND COLLECTIVE AGREEMENTS 235-261

CLÁSICOS DEL DERECHO

José Luis Monereo Pérez

LA 'ERA DE LAS MASAS' Y LA REACCIÓN Y DEFENSA CONSERVADORA AL ADVENIMIENTO DE LAS CLASES TRABAJADORAS A LA VIDA ECONÓMICO-SOCIAL Y POLÍTICA: GUSTAVE LE BON (I)

THE 'AGE OF THE MASSES' AND THE CONSERVATIVE REACTION AND DEFENSE TO THE ADVENT OF THE WORKING CLASSES INTO ECONOMIC-SOCIAL AND POLITICAL LIFE: GUSTAVE LE BON 263-294

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

Matthieu Chabannes

RESEÑA DE "VACÍOS E INSUFICIENCIAS EN LA ADAPTACIÓN Y PROTECCIÓN ADECUADA A LAS PERSONAS TRABAJADORAS CON DISCAPACIDAD"

RUIZ SANTAMARÍA, J.L., THOMSON REUTERS ARANZADI, CIZUR MENOR, 2019 296-298

Eva García Vázquez

RESEÑA DE "LA JUVENTUD EN EL CONTEXTO DE LAS POLÍTICAS LEGISLATIVAS DE CONTENIDO SOCIO- LABORAL: CONCEPTUALIZACIÓN, REFORMAS NORMATIVAS Y CAMBIOS RECIENTES"

GÓMEZ SALADO, M.Á., THOMSON REUTERS ARANZADI, CIZUR MENOR, 2024 299-300

NUEVAS OBLIGACIONES LABORALES, NUEVAS INCERTIDUMBRES

NEW WORK OBLIGATIONS, NEW UNCERTAINTIES

Francisco Vila Tierno

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Málaga

Of Counsel Martínez Echevarría Abogados

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

Recibido: 27-02-2024 - Aceptado: 27-02-2024 - Publicado: 22-03-2024

Páginas: 9-10

Quando las leyes son claras y precisas, la función del juez no consiste más que en comprobar un hecho

Immanuel Kant

En los últimos tiempos, en los que se ha producido una auténtica avalancha de normas que atienden tanto al género como a la diversidad —fundamentalmente al final de la anterior legislatura—, se han incorporado a nuestro ordenamiento nuevas obligaciones que se insertan en el panorama de las empresas.

Tal es el caso, por ejemplo, del art. 15 de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

En dicho precepto, que tomamos como referencia entre el conjunto que puede encontrarse en la “nueva legislación de igualdad” dirigida a colectivos concretos, viene a disponer, en su párrafo primero, que “Las empresas de más de cincuenta personas trabajadoras deberán contar, en el plazo de doce meses a partir de la entrada en vigor de la presente ley, con un conjunto planificado de medidas y recursos para alcanzar la igualdad real y efectiva de las personas LGTBI, que incluya un protocolo de actuación para la atención del acoso o la violencia contra las personas LGTBI. Para ello, las medidas serán pactadas a través de la negociación colectiva y acordadas con la representación legal de las personas trabajadoras. El contenido y alcance de esas medidas se desarrollarán reglamentariamente”.



De ahí se derivan varios elementos:

- está dirigida al colectivo LGTBI;
- se aplica solo para las empresas de más de 50 personas trabajadoras;
- su plazo es hasta el 2 de marzo de 2024;
- hay que establecer un conjunto de medidas y recursos en materia de igualdad y;
- un protocolo de actuación contra el acoso o la violencia frente a estas personas;
- su contenido y desarrollo va ser establecido a través del desarrollo reglamentario.

Las preguntas, en este sentido, son variadas.

De una parte, tenemos que determinar que instrumento de negociación colectiva se utiliza para la inclusión del protocolo:

- ¿es un plan de igualdad?
- ¿en el marco de ese plan de igualdad?

Pero, además,

- ¿incrementando el contenido mínimo o necesario de un convenio?
- ¿articulando un capítulo específico al respecto?

En otro orden:

- ¿puede ser un acuerdo de empresa?
- ¿cabe un pacto de naturaleza extraestatutaria?
- ¿solo puede pactarse con la representación legal de los trabajadores y no con la sindical?
- ¿cuál es el contenido que debe recogerse?
- ¿qué consecuencias tiene su incumplimiento?
- ¿qué alcance se tiene que dar a las normas sobre esta materia?

Estamos, por tanto, ante la llegada inminente de una obligación de resultado, el 2 de marzo, pero sin que se haya concretado la obligación de hacer. Surgen, de este modo, inseguridades e incertezas sobre el quehacer al respecto de los agentes sociales que se encuentran vinculados a la espera del referido desarrollo reglamentario.

Esto provocará, sin duda, una imposibilidad manifiesta de acometer con el mandato legal. Por más positivo que se quiera ser respecto a las medidas implantadas, lo cierto es que su aplicabilidad se pone en cuestión ante los problemas que la falta de concreción implica. Son más interrogantes que certezas, más dudas que afirmaciones, más lugares oscuros que realidades.



Ello, no obstante, no puede suponer un desconocimiento de la norma legal. Entendemos que en el marco de las empresas debe haber una actuación proactiva hacia el cumplimiento del objeto o de la finalidad de la Ley y, de este modo, lo que debe acreditarse, en nuestra opinión, es la existencia de un proceso negocial que conduzca a la obtención de la finalidad perseguida.

Sin embargo, no debe ser tan trascendente ni el instrumento adoptado, ni el contenido alcanzado ni, tan siquiera que no haya concluido totalmente el proceso, en tanto que no se les puede exigir a los sujetos que intervienen en el marco de las relaciones laborales algo que no ha sido objeto de cumplimiento por los poderes públicos, por cuanto que no se ha producido el reiterado desarrollo reglamentario, tan necesario para poner en valor el citado art. 15 de la Ley 4/2023.

Ello debe suponer, al tiempo, una relativización en la posible imposición de sanciones, por cuanto que no se podía tener una guía cierta del modo de actuación. Si es cierto, en cualquier caso, que no pueden ser tratadas de la misma forma el conjunto de las empresas, puesto que debería diferenciarse, en el sentido que ya hemos adelantado, aquellas entidades mercantiles que han realizado una actuación negociadora de aquellas otras que han ignorado el mandato legal. A estos efectos, tendría que graduarse o valorarse el nivel de avance o de implicación en la adopción de medidas, aunque, como ya advertimos, no se haya utilizado ni el instrumento más idóneo, ni las medidas sean las más adecuadas.

Parece que, dado el estado actual, se debería modificar el plazo máximo de aprobación de aquellas medidas o, cuanto menos, sacar un período transitorio de adaptación desde la publicación del reglamento. Ello permitiría, a su vez, una reflexión sosegada por parte de organizaciones sindicales y empresas en el ámbito más reducido, pero también de las primeras y de las patronales, en un nivel más extenso para que, en el marco del diálogo social, se contribuyera a la redacción de una norma reglamentaria que dotara a esta previsión legal de la consistencia y relevancia que hoy por hoy han adquirido los Planes de Igualdad.

En otro caso incurrimos en el riesgo de caer en una mera formalidad, en una obligación de cara a la galería y no en el cumplimiento de medidas que pueden estar dirigidas a un colectivo que se ha considerado como vulnerable en el contexto del trabajo decente.

Lo que sea, ya será, pero que no quede por nuestra parte, señalar la conveniencia de impulsar un desarrollo reglamentario que se entienda más que necesario para la pervivencia de la medida prevista, una garantía de seguridad jurídica y una tranquilidad para los operadores.



ESTUDIOS DOCTRINALES

REJLSS

REJLSS

Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social
noviembre-abril 2024 - núm 8 ISSN-e: 2660-437X

TECNOLOGÍA Y PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA TRANSNACIONAL.

Un Análisis Exploratorio*

TECHNOLOGY AND OCCUPATIONAL RISK PREVENTION IN TRANSNATIONAL COLLECTIVE BARGAINING. An Exploratory Analysis

Juan José Fernández Domínguez

Catedrático de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social

Universidad de León

jjferd@unileon.es ORCID [0000-0002-5231-7566](https://orcid.org/0000-0002-5231-7566)

Cristina González Vidales

Ayudante de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social

Universidad de León

cgonv@unileon.es ORCID [0000-0002-5627-2756](https://orcid.org/0000-0002-5627-2756)

Recepción de trabajo: 19-01-2024 - Aceptación: 27-02-2024 - Publicado: 22-03-2024

Páginas: 12-42

- 1. LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN LOS ANTAÑO CONOCIDOS COMO ACUERDOS MARCO INTERNACIONALES. ■ 2. LA INCIDENCIA GENÉRICA DE LOS CAMBIOS TECNOLÓGICOS EN LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN LOS ACUERDOS MARCO. ■ 2.1. El ejemplo de los AME dedicados monográficamente a la seguridad y salud en el trabajo que introducen previsiones sobre tecnología en relación con la prevención de riesgos. ■ 2.2. Las previsiones genéricas que vinculan a la tecnología con la seguridad y la salud en el trabajo en los AMG. ■ 2.2.1. Los contenidos más significativos en los convenios de carácter general. ■ 2.2.2. La previsión recogida en los AMG dedicados en exclusiva a la prevención de riesgos laborales. ■ 3. LA REGULACIÓN MÁS ACABADA EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA TRANSNACIONAL. ■ 3.1. El derecho de desconexión. ■ 3.2. La apuesta por el teletrabajo y las medidas concretas de prevención de riesgos laborales ■ 4. BIBLIOGRAFÍA.

* Esta investigación ha sido realizada en el marco del Proyecto de Investigación PID2021-1226310B-C21, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación Generación del Conocimiento: investigación orientada, titulado "La inclusión social a través de la renovación de elementos de estructura, relación y contenido en la negociación colectiva".

RESUMEN

Cuando la negociación colectiva traspasa las fronteras de un país, y hasta de un continente, a través de los Acuerdos Marco Globales que suscriben las empresas multinacionales con las Federaciones Sindicales Internacionales, algunas de las condiciones de trabajo inicialmente limitadas en su aplicación al ámbito temporal y personal de la sede del empleador alcanzan una fuerza expansiva inesperada. Así había venido ocurriendo hasta ahora con la seguridad y salud en el trabajo, como contenido tradicional de tan singulares convenios con el propósito, fundamentalmente, de recoger el acervo internacional que toma forma de convenios, recomendaciones o guías y documentos técnicos de variado tipo. La revolución tecnológica en marcha ha tenido la virtud de proporcionar importantes renovaciones en los más veteranos, abriendo camino en los más recientes hasta permitir la suscripción de algunos de contenido monográfico dedicados a atender como conviene la aparición de nuevos riesgos y afrontar con mayor solvencia alguno de los ya existentes gracias al progreso. Mención especial han de merecer, por su propuesta acabada, cuantos extienden a nivel mundial una cuidada ordenación de los riesgos psicosociales, del teletrabajo o del derecho a la desconexión.

PALABRAS CLAVE: Acuerdo Marco Internacional, prevención de riesgos laborales, tecnología, teletrabajo, derecho de desconexión, riesgos psicosociales.

ABSTRACT

When collective bargaining crosses the borders of a country, and even a continent, through the Global Framework Agreements signed by multinational companies with Global Union Federations, some of the working conditions initially limited in their application to the temporal and personal scope of the employer's headquarters reach an unexpected expansive force. This has been the case up to now with occupational safety and health, as the traditional content of such unique conventions, mainly with the purpose of collecting the fundamental content conventions, recommendations or guides and technical documents of various kinds. The technological revolution underway has had the virtue of providing important renovations in the most veteran ones, breaking new ground in the most recent text, and even inspiring the subscription of some with monographic content dedicated to attending to the appearance of new risks and, also, to facing with greater solvency some of the existing ones thanks to progress. Special mention should be made of those which extend worldwide a careful organisation of psychosocial risks, teleworking, or the right to disconnection.

KEYWORDS: International Framework Agreement, occupational risk prevention, technology, telework, right to disconnect, psychosocial risks.

1. LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN LOS ANTAÑO CONOCIDOS COMO ACUERDOS MARCO INTERNACIONALES

A finales de la primera década del siglo, dos análisis exhaustivos sobre el contenido de los que entonces respondían a la denominación de Acuerdos Marco Internacionales (AMI como traslación del acrónimo inglés IFA —*International Framework Agreement*—) coincidían en la constatación objetiva (y gráfica) de que, tras la referencia al suelo mínimo o común constituido por la incorporación de los derechos sociales fundamentales (en alusión a los contenidos, por lo común —pero no en exclusiva¹—, en la Declaración de Principios y Derechos Laborales de la OIT o en los Convenios núms. 29, 87, 98, 100, 105, 111, 138 y 189)², la segunda materia con mayor presencia en esta expresión de negociación colectiva sin fronteras era la relativa a la salud y seguridad en el trabajo, pues hasta un 85% de ellos contenían alguna mención o previsión de esta naturaleza.

Conforme viene ocurriendo con otros instrumentos de responsabilidad social empresarial, la vinculación a derechos fundamentales reconocidos universalmente (vida, salud, intimidad, etc.) ha llevado a convertir su presencia en un elemento de legitimidad obligado³; a diferencia de cuanto ocurre con los códigos de conducta (donde incluso las alusiones a la prevención de riesgos son superiores en porcentaje y que en ocasiones permanecen como referencia —Besix—), sin embargo, la cantidad solía, y suele, venir acompañada de una superior calidad sustantiva⁴. Así procede inferirlo a partir de una sencilla taxonomía de ejemplos capaces de otorgar confirmación, en tanto vienen a mostrar una serie de patrones en numerosas ocasiones incorporados al modelo-tipo elaborado por las Federaciones Sindicales Internacionales⁵:

El frecuente reenvío al Convenio núm. 155, sobre seguridad y salud de los trabajadores (Ability, Acciona, Aeon, Aker, Asos, Besix, Brunel, Danske Bank Dragados, Elanders, Esprit, Euradius, FCC,

1 Basten las variantes dadas por la remisión a otros instrumentos de carácter internacional que presuponen siempre aquel acervo fundamental en Fernández Domínguez, J. J., *De la condicionalidad social a los Acuerdos Marco Internacionales. Sobre la evolución de la responsabilidad social empresarial*, Aranzadi/Thomson, Cizur Menor, 2012, págs. 192 y 193.

2 Así lo constataban, en primer lugar, en el tiempo, Schömann, I. et alii, *Codes of conduct and international framework agreements. New forms of governance at company level*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Dublín, 2008, pág. 23 o, más tarde y con superior detalles, Hammer, N., "Apendice", en AA.VV. (Papadakis, K. Ed.), *Diálogo social y acuerdos transfronterizos ¿Un marco global emergente de relaciones industriales?*, OIT/Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2009, pág. 215.

3 Soler Arrebola, J. A., "Contenido de los acuerdos marco internacionales: condiciones laborales básicas y prescripciones complementarias", en AA.VV. (Escudero Rodríguez, R., Coord.), *Observatorio de la negociación colectiva: empleo público, igualdad, nuevas tecnologías y globalización*, CC.OO./Cinca, Madrid, 2010, pág. 527.

4 Kocher, E., "La responsabilidad social de la empresa (RSE): ¿se trata de una escenificación lograda?", en AA.VV., *La responsabilidad social de las empresas en España: concepto, actores, e instrumentos*, Bomarzo, Albacete, 2011, pág. 18.

5 Por este motivo también denominados "acuerdos multifirmas", por Ashwin, S, et alii, "Spillover effects across transnational industrial relations agreements: the potential and limits of collective action in global supply chains", *Industrial and Labor Relations Review*, Vol. 73, núm. 4, 2020, pág. 1041.

Ferrovial, GDF Suez, H&M, IKEA, Inditex, ISS, Lafarge, Mango, Nampak, Norsk Hydro, Portugal Telecom, PSA Peugeot Citroën, Royal BAM, Sacyr, Schwan-Stabilo, Salini Impregilo, Staedler, Tchibo, Telefonica, Veidekke o Wilkhahn) y, por razón del específico ámbito funcional, el patrón dado por el Convenio núm. 167, relativo a la seguridad y salud en la construcción (Acciona, Aker, Besix, Codere, Dragados, Italcementi, ISS, FCC, Ferrovial, GDF Suez, OTE, Portugal Telecom, Royal BAM, Sacyr, Salini Impregilo, Veidekke o VolkerWessels). A veces acompañado de la remisión a otros instrumentos más específicos como, por ejemplo, la Guía de la OCDE en la materia (Aker, BNP Paribas, Elanders, Lafarge, Meliá, Nampak, Royal BAM, Saab, Salini Impregilo, Securitas, Staedler, Stora Enso, Veidekke, VolkerWessels o WAZ), la Directiva europea sobre salud y seguridad en el trabajo (EDF), la Recomendación núm. 164 de la OIT (Asos, Esprit, H&M o Tchibo), la *Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales* (BNP Paribas, Mango, Salini Impregilo o Veidekke), el *Repertorio de recomendaciones prácticas sobre seguridad y salud en la industria del hierro y del acero*, elaborado por la OIT en 2005 (Arcelor), los diez principios contenidos en el *UN Global Compact* (Aeon), el *Código de buenas prácticas en salud y seguridad en el trabajo forestal* (Italcementi o VolkerWessels) o, con creciente presencia, las *Guidelines on Occupational Safety and Health Management Systems* (Aker, Elanders, GDF Suez, Italcementi, Lafarge, Nampak, Royal BAM, Salini Impregilo, Staedler, Veidekke, Vinci o VolkerWessels)⁶.

Los términos bajo los cuales se solían —y suelen— introducir estas remisiones no resultaban —ni resultan— precisamente comprometidos⁷, en la medida en la cual se acomodan a la tradición de cuanto venían recogiendo los códigos de conducta, para aludir a la “adopción de medidas adecuadas”, “normas y actuaciones necesarias”, “prácticas más frecuentes”, “incorporación de buenas prácticas” o “mejores prácticas” (ABN AMRO, AngloGold, Chiquita, Gamesa, IKEA, Indosat, Itaú, Leoni, Loomis, Lukoil, Endesa, Portugal Telecom, Saab, Safran, Schwan-Stabilo, Securitas, Siemens, Telefonica, ThyssenKrupp, Umicore, Vallourec o WAZ). Tampoco cabrá encontrar ese superior afán de progreso cuando lo que obra es el reenvío a la normativa de cada Estado donde está presente la multinacional (ABN AMRO, Aker, Bosch, Daimler, EDF, Electrolux, Eurosport, Gamesa, GEA, Gehr, Groupama, MAN, Mann+Hummel, Norske Skog, Prym, Rheinmetall, PSA Peugeot Citroën, Santander, SCA —aunque con una mención a “ineludibles de la salud” aplicables en cualquier lugar—, Shoptite, Société Générale, Sodexo, TK Elevator, Total, Umicore o Volkswagen), no en vano cumplir las leyes habría de ser un presupuesto necesario, pero no un contenido propio de la responsabilidad social, incluso en aquellos países donde el desconocimiento de la norma sea palmario⁸.

6 Avelar Pereira, F., *Global Framework Agreements. A response to urgent global labour concerns*, Tesis doctoral, Universidad de Lund, Lund, 2021 págs. 293-294, Tabla 34, en https://lucris.lub.lu.se/ws/portalfiles/portal/101682876/Fabiana_Avelar_Pereira.pdf

7 Gibb, E., “Global Framework Agreements: Building and protecting space for local collective bargaining through international organization”, *Alternate Routes*, Vol. 31, núm. 1, 2020, pág. 240.

8 De La Villa Gil, L. E., “Acerca de la responsabilidad social corporativa. Algunas consideraciones críticas desde la perspectiva de las relaciones laborales”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 16, 2008, pág. 13.

Un grado mayor de concreción, y por tanto de posibilidades de seguimiento y control sobre pautas firmes, deriva de la previsión que atañe de manera específica a determinados factores considerados como especialmente peligrosos por ser fuente de riesgos graves y frecuentes, tales como la falta de higiene, el fuego, la ventilación, la iluminación, la ausencia de comedores apropiados según el clima o de instalaciones adecuadas para la conservación de alimentos, la carencia de agua potable o energías básicas (Besix, Danone, GDF Suez, Groupama, Inditex o Solvay); en todo caso, dejando en el aire cuestiones tan fundamentales como la evaluación, planificación y organización que servirían para aquilatar la obligación con superior tiento⁹.

Excepcional —y modélica— resultó la aparición de un AMI que, llegado el momento de concretar su “Política de Condiciones Laborales del Grupo”, decretó extender la normativa de la Unión Europea sobre prevención de riesgos laborales a todos sus centros de trabajo, con independencia del país donde están ubicados, dando pie a una exigencia uniforme y de calidad que prescinde de fronteras (Renault)¹⁰.

Índice de evolución también patente en otras dos muestras significativas vinculadas a la formación en materia preventiva y a la preocupación por riesgos de nueva aparición. En lo atinente al primero de los aspectos, destaca la contemplación de programas destinados a la creación de una cultura de prevención en el seno de la empresa y asentada sobre la premisa indeclinable de una actualización permanente de conocimientos y capacidades (ABN AMRO, Euradius, Lukoil, OTE, Portugal Telecom o Schwan-Stabilo), a lo cual coadyuva la delimitación de indicadores destinados a valorar la efectividad de las medidas y/o la delimitación de niveles distintos en función de la responsabilidad del empleado (EDF y Statoil) y, por supuesto, la creación de mecanismos especializados *rationae materiae* (Acciona, Arcelor, EDF, Inditex, Italcementi, Takashimaya, Umicore, Veidekke y Wilkhahn)¹¹, a través de las cuales fluye el diálogo social y permite una regulación de la seguridad y salud laborales más detallada y aplicable no solo al conjunto de empresas y centros de la multinacional, sino también a subcontratistas y proveedores (Acciona, Dragados, EDF, Enel, FCC, Ferrovial, Ford, IKEA, Inditex, Italcementi, Meliá, OHL, Rhodia, Sacyr, Salini Impregilo, Siemens-Gamesa, Solvay, Stora Enso, Umicore o Valeo)¹², alcanzándose a contemplar la colaboración activa con los integrantes de la cadena de valor en el desarrollo de los planes de formación que pudieran ser precisos (Pernod Ricard).

9 Perán Quesada, S., *La responsabilidad social de las empresas en materia de prevención de riesgos laborales*, Comares, Granada, 2010, págs. 63 y 64.

10 Sobre este hito como modelo del cambio desde la responsabilidad social “de tono menor” y algo más próximo a la verdadera negociación colectiva, Zimmer, R., “From International Framework Agreements to transnational collective bargaining”, en AA.VV. (Bungenberg, M. et alii, Eds.), *European Yearbook of International Economic Law*, Springer, Nueva York, 2019, págs. 175 y 176.

11 Una amplísima muestra hasta 2009 de cláusulas en este sentido, en SYNDEX/ETUC/SUSTAINLABOUR, *Estudio sobre cláusulas sobre seguridad y salud laboral y medio ambiente en los Acuerdos Marco Internacionales*, 2010, págs. 59-64, en https://www.etuc.org/sites/default/files/Global_Report_version_espagnole_finale_1.pdf

12 Göpfert, B. y Bertke, A. K., “Global Framework Agreements. Globale Rahmenvereinbarungen mit Gewerkschaften zu sozialen Standards”, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, Vol 44, núm. 20, 2023, pág. 1051.

En lo atinente a la incorporación de nuevos riesgos, cabrá destacar la paulatina incorporación de cláusulas que muestran la preocupación por cuanto se califica en distintas ocasiones como “uso ético de los negocios”, para introducir materias en muchas ocasiones directamente relacionadas con la prestación laboral, como la protección y prevención del SIDA en los trabajadores y sus familiares (BMW, Lukoil, Renault o Salini Impregilo), con alusión expresa al “Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT sobre el SIDA” (Aker, Lafarge, Lukoil, Royal BAM, Rhodia, SCA, Salini Impregilo, Staedler, Veidekke o VolkerWessels), así como la extensión puntual a otras enfermedades de transmisión sexual y al consumo de drogas en los países más afectados (Renault). A su lado, cabe reseñar la sensibilidad que se abre paso a ciertos “riesgos emergentes”¹³, en particular a la evolución permanente en materia de agentes carcinógenos, mutagénicos y tóxicos (Rhodia), con particular atención a los productos químicos (Euradius); a los vinculados al acoso laboral o sexual, incluidos los perpetrados con la utilización de medios electrónicos (BNP Paribas, EADS, Faber Castell, PSA Peugeot Citröen, Safran, Sodexo¹⁴, Stora Enso, Takashimaya, Telkom); las adicciones (Danske Bank o Rheinmetall); el estrés derivado del entorno competitivo y de las nuevas tecnologías en relación con la conservación del puesto de trabajo en un momento de transformación y reestructuración de las organizaciones y cambios en las cualificaciones requeridas (BNP Paribas, Danske Bank, Eurosport, Pernod Ricard, PSA Peugeot Citröen¹⁵, Rheinmetall, Safran, Umicore, Unilever, Valeo); o, en fin—y siempre—, la necesidad de una perspectiva de género también en materia de seguridad y salud en lo referente a la evolución de los riesgos, con especial atención a las condiciones de trabajo y, en particular, al tiempo —horarios de trabajo y límites a horas extras no justificadas— y lugar de la prestación —entornos adaptados—, así como sus modificaciones pertinentes (ABN AMRO, DS Smith, GDF Suez, Siemens, TK Elevator, o Umicore).

13 Así calificados en el Acuerdo del Grupo Renault, cuando señala las acciones atinentes referentes a “los riesgos emergentes o evolutivos como el riesgo eléctrico, el riesgo en carretera o el riesgo químico también son objeto de disposiciones particulares. Prestamos especial atención a la evolución de los conocimientos en el ámbito de los campos electromagnéticos. La política de prevención del grupo Renault los tendrá en cuenta, en la medida en que sea necesario. (...) Favorece la acción del sector de salud para desplegar iniciativas de información y de prevención destinadas a los trabajadores, sobre temas tales como los riesgos cardiovasculares, el tabaco, el alcohol y otras adicciones, el sueño, el VIH/ SIDA y las ETS.”

14 Objeto de un compromiso específico constituido por un contexto y un propósito harto ilustrativo: “Preámbulo: Según la OIT, el acoso sexual constituye una forma de discriminación a la que se refiere el Convenio III de la OIT relativo a la discriminación en materia de empleo y de ocupación, uno de los Convenios fundamentales de esta institución. Éste afirma que todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a buscar su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades. Prevenir el acoso sexual en el lugar de trabajo es una condición indispensable para el respecto de estos compromisos, y también refleja la importancia que “Sodexo” y “la UITA” atribuyen a la salud y la seguridad en el trabajo. Declaración de intenciones: El acoso sexual en el mundo laboral es un delito y es ilegal en muchos países. El acoso sexual puede causar una profunda angustia y una alteración de la salud. El acoso sexual puede provocar la perturbación del trabajo de aquellos quienes son sus víctimas. Puede igualmente conducir a estos últimos a abandonar su empleo, si el lugar de trabajo es la fuente de dicho acoso”.

15 Según se describe en el propio acuerdo, “con el apoyo de la comunidad médica, el Grupo PSA ha desarrollado desde 2007 en numerosos países una amplia experiencia en la detección de los factores de estrés y de motivación/desmotivación, su evaluación y la conducción de acciones pluridisciplinarias para luchar contra las situaciones de riesgos psicosociales. La Evaluación y el Seguimiento del Estrés Profesional (ESSP, por sus siglas en francés), como método ampliamente desplegado por el Grupo PSA, se basa en un cuestionario de respuesta voluntaria con motivo de las visitas médicas. Este método integra un conjunto de herramientas individuales, colectivas y de animación, para desplegar acciones que contribuyan a prevenir los riesgos psicosociales, por una parte, y al desarrollo del bienestar en el trabajo y de la motivación, por la otra”.

He aquí el pórtico a una evolución que en la última década aparece signada de manera indeleble por las innovaciones técnicas, dando pie a una preocupación que se incrusta en el esquema previo¹⁶, para enriquecerlo a través del abordaje de nuevos problemas para la salud (así, el bienestar general —DS Smith, PSA Peugeot Citroën, Rheinmetall, Statoil, Total, Valeo o Vinci— o la calidad de vida —EDF—, en gran medida provenientes de un adecuado balance entre el trabajo y el tiempo libre —Electrolux—) y la seguridad laboral y medioambiental (Lukoil o Safran) dotadas, a este propósito, de nuevos instrumentos para un abordaje satisfactorio.

2. LA INCIDENCIA GENÉRICA DE LOS CAMBIOS TECNOLÓGICOS EN LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN LOS ACUERDOS MARCO

De acudir a los términos bajo los cuales lo expresa uno de los más avanzados frutos de la negociación colectiva transnacional, la tecnología al servicio del interés del trabajador en un mundo en transformación convierte en “crucial la forma en que los empleados se adaptan a los nuevos entornos digitales”. Por este motivo, si bien “la inteligencia artificial representa un segmento cada vez más importante en los procesos productivos, es claro que los humanos deben tener el control. Preservar esta humanidad en un mundo que pasa por la digitalización es un reto importante”, (Renault *Developing life at work*).

Resume, de este modo, uno de los aspectos más salientes en la prevención de riesgos derivados de la tecnología, situado en la pérdida del control de los aspectos locativos, modales o de tiempo y, con ello, la aparición de nuevos riesgos laborales o la acentuación o modificación relevante de alguno de los ya existentes¹⁷. Su reflejo en la negociación transnacional, no solo habilita para un balance de cuanto se ha avanzado hasta el momento en ese punto, sino que, de la mano de las mejores prácticas, permite efectuar un ejercicio sistemático de imaginación y razón sobre el camino por donde se puede y debe avanzar tanto a la hora de calibrar la incidencia de los nuevos riesgos derivados de la automatización, digitalización o de la inteligencia artificial sobre las relaciones laborales, como de poder aprovechar los avances tecnológicos para erradicar o minorar la repercusión de alguno de los riesgos existentes.

¹⁶ Baste contrastar el panorama que se obtiene de los Acuerdos firmados hasta la primera década del siglo y las normas que aquí se resultan. Para su comprobación sirva comprobar los hitos que figuran en SYNDEX/ETUC/SUSTAINLABOUR, *Estudio sobre cláusulas sobre seguridad y salud laboral y medio ambiente en los Acuerdos Marco Internacionales*, cit., en especial págs. 77 y ss.

¹⁷ Para una primera aproximación en la relación entre tecnología y responsabilidad social cabe recurrir al exhaustivo análisis de Gond, J. P. et alii, “How corporate social responsibility and sustainable development functions impact the workplace: A review of the literature”, *ILO Working Paper*, núm. 71, 2022, pág. 14.

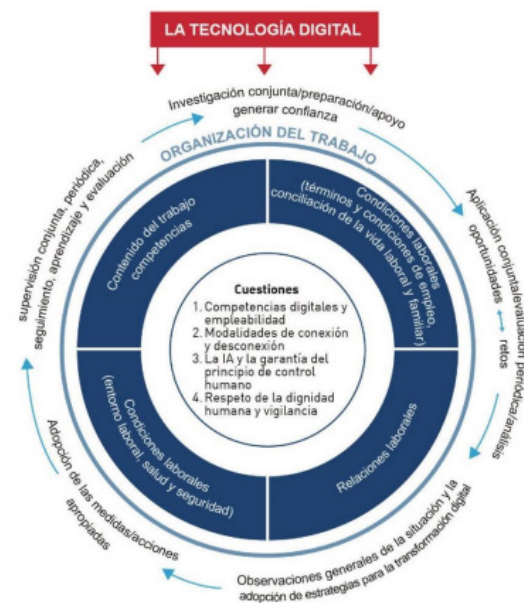
TECNOLOGÍA Y PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA TRANSNACIONAL

El análisis prospectivo, en esta ocasión, partirá de la cuna de numerosos Acuerdos Marco Globales (AMG), no en vano en muchas ocasiones desde tal origen, y por decisión de la multinacional de extender sus compromisos, o por asunción de los interlocutores sociales a nivel mundial, han alcanzado la proyección que enriquece estos instrumentos pactados con una validez más allá del marco europeo¹⁸; seguirá con una exposición de las previsiones más acabadas, si bien asistemáticas, que servirán para ilustrar sobre el estado de una cuestión que adquiere una clara dimensión moral¹⁹; reservando para el momento final el tratamiento de aquellos aspectos cuya consideración ha merecido un tratamiento dotado de mayor completitud.

2.1. El ejemplo de los AME dedicados monográficamente a la seguridad y salud en el trabajo que introducen previsiones sobre tecnología en relación con la prevención de riesgos

Para medir la importancia conferida por las partes en la negociación europea a la prevención de riesgos laborales en el contexto de las tecnologías que impulsan la revolución industrial en marcha, bastará con tomar en consideración que el Acuerdo Marco Europeo sobre teletrabajo firmado en 2002 dedica el apartado 8 de los 12 que recoge a contemplar las directrices generales sobre seguridad y salud en el trabajo en este ámbito funcional²⁰, por su parte, con un carácter más amplio y más reciente, el Acuerdo Marco Europeo sobre digitalización, firmado en 2020, otorga un lugar específico a la prevención de riesgos dentro de su contenido, en los términos harto elocuentes que muestra la siguiente figura (Gráfico 1).

Gráfico 1. Proceso de colaboración sobre digitalización



Fuente. ETUC/BUSSINESSEUROPE/SMEUNITED/CEEP (2020)²¹

¹⁸ En alusión a esta materia y a la dificultad natural para vencer la resistencia a salir de los espacios "más avanzados" en materia de prevención; es decir, "dar el salto" desde Europa al resto del mundo, la reflexión de Burkett, B. W., "International Framework Agreements: An emerging international regulatory approach or a passing European phenomenon?", *Canadian Labour and Employment Law Journal*, Vol. 16, núm. 1, 2011, págs. 96-97.

¹⁹ En la excelente reflexión de Casey, C., Delaney, H. y Fiedler, A., "Recalling moral dimension. Transnational labour interests and corporate social responsibilities", *Industrial Relations*, Vol. 52, núm. 5, 2021, pág. 394.

²⁰ ETUC/UICE/UEAPME/CEEP, *Acuerdo Marco sobre teletrabajo*, 2002, en https://www.google.com/search?sca_esv=592504798&q=ETUC/UNICE/UEAPME/CEEP:+Acuerdo+Marco+sobre+teletrabajo,+2002&spell=1&sa=X&ved=2ahUKEwjeyqPpgJ6DAxXLVKQEHskRDolQBSgAegQICRAC&biw=1366&bih=607&dpr=1

²¹ ETUC/BUSSINESSEUROPE/SMEUNITED/CEEP, *Acuerdo Marco de los interlocutores sociales europeos sobre Digitalización*, 2020, en <https://www.ceoe.es/es/publicaciones/laboral/acuerdo-marco-de-los-interlocutores-sociales-europeos-sobre-digitalizacion>.

Más allá de este contexto fértil, la consulta de los cinco AME específicos en materia de prevención de riesgos laborales que proporcionan un tratamiento general de la materia (Barilla, Etex, Lafarge, Marazzi y Vinci) ofrecen unos puntos comunes —o que se repitan en al menos tres de ellos— sobre la importancia otorgada al progreso tecnológico. En concreto, cabría mencionar el abordaje que realizar de los siguientes asuntos:

1. La necesidad de aprovechar todas las posibilidades en orden a movilizar el conocimiento y la experiencia, la motivación y las razones potenciales para mejorar la seguridad, salud y la protección del medioambiente laboral, a cuyo fin se tendrá en cuenta el estado del arte en lo atinente a aspectos de Tecnología, Medicina del Trabajo, Higiene y conocimientos de Ergonomía. A este respecto, y en orden a la evaluación y planificación (planes transversales en todos los casos), además de sopesar el entorno de trabajo, los procedimientos y los materiales o sustancias utilizados, procederá tener en específica consideración las instalaciones técnicas actuales y cuantas variaciones se pretendan introducir tanto en estructura como en maquinaria o herramientas.
2. La exigencia de proporcionar una formación adecuada, con entrenamiento sistemático en las mejores prácticas de gestión preventiva conocidas; incorporando técnicos especialistas en la materia cuando fuera preciso y estando permanentemente atentos a las necesidades de reciclaje, en particular en cuanto afecta a instrumentos, materiales de trabajo, maquinaria, medios de transporte o equipamiento, a fin de hacer realmente eficaces las instrucciones para su uso.
3. Los equipos de protección individual no se han de ajustar a los requisitos técnicos exigidos por la normativa nacional afectada y contar con la garantía debida a partir de las oportunas certificaciones; además, habrán de ser seleccionados tomando en cuenta la eficacia demostrada y sopesando las novedades que ofrezcan mayores y mejores oportunidades para eliminar o reducir los riesgos pareciendo aconsejable la remisión a los patrones sobre los cuales se alza la ISO 45001²².
4. Los avances tecnológicos llevan a justificar la creación de plataformas de intercambio de información sobre prácticas de seguridad y salud que sirvan para mejorar la comunicación y sensibilización en las filiales y en proveedores y contratistas; en particular, resulta fundamental la rápida y fluida transmisión de noticias entre los miembros de los comités de seguridad y salud u otros órganos representativos en este ámbito. También habrá de servir para impulsar o dar cobertura a las líneas de apoyo a los empleados cuando precisen ayuda en asuntos relacionados con la seguridad y salud laborales.

22 Acerca de esta oportunidad y sus implicaciones a nivel europeo y mundial, Haipeter, T. *et alii*, "Industrial relations at centre stage: Efficiency, equity and voice in the governance of global labour standards", *Industrielle Beziehungen*, Vol. 28, núm. 2, 2021, pág. 157.

Prescindiendo de esta aspiración sistemática, en otros AME se descubren tres riesgos que han merecido la atención de los interlocutores sociales europeos. De menor a mayor presencia, cabrá aludir a los siguientes:

1. En uno de los AME más invocados, los reconocimientos previos a la contratación, como parte de la entrevista de selección en un contexto de automatización (*background check*), da cuenta de la importancia que están llamados a adquirir los principios y garantías previstos en la materia de protección de datos; en particular, la trascendencia del consentimiento informado a la hora de recabar y tratar datos de salud, así como de la confidencialidad en la comunicación de resultados y la seguridad de su contenido. En particular, fija su atención en el principio de finalidad, debiendo ceñir el examen a las características demandadas por el puesto de trabajo ofertado (General Electric Plastics).
2. La preocupación por el acoso sexual encuentra en dos de los instrumentos analizados (Sodexo y Lafarge —“*Declaración de bienestar en el trabajo*”—) una mención específica al posible recurso a los medios electrónicos puestos a disposición por la empresa para llevar a cabo tan repudiables conductas de hostigamiento, “aprovechando la mayor facilidad y superior impunidad que cabe obtener a través de su utilización”. Al igual que cuanto antes se afirmó respecto a los reconocimientos médicos, la investigación llevada a cabo en estos supuestos habrá de observar, también, las oportunas garantías de confidencialidad y el resto de los principios y garantías que ordenan la normativa de protección de datos.
3. Similar es, desde el plano cuantitativo, la relación de textos que hacen referencia a la relación entre innovación tecnológica y estrés, aun cuando en este caso el tratamiento es mucho más exhaustivo a la hora de abordar las alteraciones psíquicas surgidas a partir del desajuste entre las demandas laborales percibidas y la ponderación de los recursos destinados a satisfacerlas. Conectando el diagnóstico y las soluciones que contemplan (a las cuales aporta algunos matices de interés el resumen operativo del Grupo PPR), cabrá ordenar el contenido de los acuerdos localizados bajo los siguientes diagnósticos y medidas preventivas (Allianz y BNP Paribas²³):
 - a. La trascendencia de una fluida y adecuada información. A este fin se apuesta por dos canales fundamentales: la publicación en la intranet de cada filial del Grupo en inglés y en el idioma del Estado en cuestión, así como la labor de comunicación directa por los directivos y representantes de los trabajadores (BNP Paribas).

23 Sobre el propósito del AME de BNP Paribas, a este fin, Ionita, L., “Acuerdos Marco Transnacionales innovadores: ejemplos de buenas prácticas en la negociación colectiva transnacional”, en AA.VV. (Cairós Barreto, D. M., Dir.), *Las relaciones colectivas de trabajo en el nivel europeo e internacional. Organización, acción sindical y negociación colectiva*, Aranzadi-Thomson/Ministerio de Ciencia e Innovación, Cizur Menor, 2021, pág. 435. Así cuando nunca ha alcanzado el grado de acuerdo, cabe destacar el estudio acabado de la relación entre tecnología y estrés que contiene el código de conducta de L’Oréal, según destaca Sekerler Richiardi, P. y Gem Arbo, M. D., “Multinational enterprises and social protection: A case study of the L’Oréal Share & Care Program”, *ILO Research Department Working Paper*, núm. 42, 2019, págs. 25 y 28, en https://www.ilo.org/global/research/publications/working-papers/WCMS_682670/lang--en/index.htm

- b. Para que pueda tener lugar el contacto apropiado entre dirigente y plantilla, consideran imprescindible la formación en gestión de estrés, que a un nivel básico (también en otro avanzado en los aspectos menos complejos) puede tener lugar aprovechando los medios electrónicos que la empresa pone a disposición de los trabajadores; e incluso puede servir para realizar advertencias médicas puntuales (Allianz).
- c. Obra una notoria preocupación por la interacción entre las sustancias, instrumentos y herramientas a utilizar en el trabajo y las condiciones del medioambiente laboral, en tanto aquellos factores pueden servir como notable elemento para atenuar o multiplicar los efectos nocivos sobre este, en cuanto resultan ser importantes extensiones naturales. En igual sentido, la cualificación de los profesionales de la salud y la accesibilidad a su consejo quedan situados como piezas fundamentales para el éxito de cualquier intervención planificada, que bien pudiera tomar la forma de asistencia telefónica o por internet. No cabrá desdeñar, tampoco, la importancia de las campañas de rehabilitación y reintegración, incluyendo la reincorporación a un puesto de trabajo donde el factor nocivo no esté presente (Allianz)²⁴.
- d. Por último, procederá resaltar un literal que resume algunas de las principales fuentes del estrés y la forma de combatirlo: “las nuevas tecnologías de la información y la comunicación —correo electrónico, ordenadores portátiles, teléfonos móviles, *smartphones*, etc.— son una parte integral del entorno de trabajo y resultan esenciales para el buen funcionamiento de la empresa. Sin embargo, es importante que su uso no se convierta en un factor de estrés. En el marco de este acuerdo, las firmantes subrayan la necesidad de garantizar que el uso de las TIC no acabe constituyendo un factor de aislamiento de los empleados durante el trabajo, y en cambio sirva para asegurar una relación activa de alta calidad, respetuosa, tanto en el contenido como en la forma de comunicación, y que se ajusten a la conciliación de la vida laboral y familiar de sus usuarios y el derecho a la intimidad. Las TIC deben utilizarse durante el horario de trabajo habitual, sin infringir los períodos de descanso semanal. Además, los firmantes reafirman que las acciones de concienciación sobre el uso adecuado de las TIC entre los directivos y los usuarios pueden desplegarse con normalidad” (BNP Paribas).

2.2. Las previsiones genéricas que vinculan a la tecnología con la seguridad y la salud en el trabajo en los AMG

De atender a igual propósito ilustrativo respecto a cuantos AMG ponen en relación los avances tecnológicos con la prevención de riesgos laborales de una manera puntual, o sin un tratamiento sistemático y específico, cabría diferenciar, por la entidad de sus previsiones, entre aquellos AMG de

24 En este aspecto concreto del acuerdo de Allianz, Aranea, M., “Multi-level employment relations in the multinational company: evidence from Allianz SE”, en AA. VV. (Pulignano, V., Köhler, H. D. y Stewart, P., Eds.), *Employment relations in an era of change. Multi-level challenges and responses in Europe*, ETUI, Bruselas, 2016, págs. 144-145.

contenido general y cuantos otros dedican su atención en exclusiva a la prevención de riesgos laborales, pues indudablemente la diferencia en la cantidad y calidad de las menciones se percibe nítida.

2.2.1. Los contenidos más significativos en los convenios de carácter general

Si bien carecen del relieve que presentan cuantas se enunciarán en ulteriores epígrafes, las previsiones convencionales sobre la incidencia de las innovaciones tecnológicas en la salud y en la seguridad no dejan de aumentar en los AMG ordinarios, cada vez más patentes en aquellos sectores afectados por algún desastre de trascendencia mundial²⁵ destinados a ordenar una pluralidad de aspectos laborales y sociales, versando sobre contenidos muy diversos, fruto de los nuevos espacios que se añaden a la negociación colectiva²⁶.

1. La remisión a referentes internacionales que, más allá de las menciones comunes a los convenios núms. 155 y 167 OIT, centran específicamente su atención en los riesgos derivados de las innovaciones productivas, conforme ocurre de manera significativa con las ya mencionadas *Guidelines for Occupational Health Management Systems* (Acciona, Aker, Besix, Dragados, FCC, Ferrovial, Lafarge, OHL, Royal BAM, Sacyr, Salini Impregilo, Staedler, Veidekke o VolkerWessels)²⁷, el *Código de prácticas en salud y seguridad en el trabajo forestal* (Italcementi y VolkerWessels), las indicaciones sobre procesos de certificación contenidos en la OHSAS 18001 (Gamesa, Pernod Ricard o Valeo) y en las ISO 14001 (Danske Bank, EDF, SKF y Valeo), 22000 (Pernod Ricard) y 45001 (Siemens-Gamesa), el *Repertorio de recomendaciones prácticas sobre seguridad y salud en la industria del hierro y del acero* (Arcelor), las Normas de Reference EurepGAP (Chiquita) o —dado su importante bagaje preventivo— en *The chemical industry's commitment to progress in environmental protection* (Solvay).
2. El diseño de una “política de precaución que se traduzca en una actitud voluntarista de anticipación, observación de las mejores prácticas y vigilancia científica y tecnológica de estas cuestiones de riesgo” (Auchan, EDF, Lukoil, o Rhodia), en particular si se trata “de productos de su marca” y con eventual proyección de aquellos “principios de precaución con la preocupación constante de mejorar la seguridad y la protección de la salud de los clientes” (Auchan). Objetivo

25 La constatación, en Donaghey, J. y Reinecke, J., “When industrial democracy meets corporate social responsibility. A comparison of the Bangladesh Accord and Alliance as responses to the Rana Plaza disaster”, *British Journal of Industrial Relations*, Vol. 56 núm. 1, 2018, págs. 37 y 38 o Khan, Z., “Transnational labour governance: A critical review of proposals for linkage through the lens of the Rana Plaza Collapse in Bangladesh”, *Canadian Journal of Law and Society*, Vol. 33, núm. 2, 2018, págs. 191 y 192.

26 Mustchin, S. y Martínez-Lucio, M., “Transnational Collective Agreements and the Development of New Spaces for Union Action: The Formal and Informal Uses of International and European Framework Agreements in the UK: Transnational Collective Agreements in the UK”, *British Journal of Industrial Relations*, Vol. 55, núm. 3, 2017, págs. 583-587.

27 La importancia de la innovación tecnológica en el contexto de la Guía, en Robson, L. S. *et alii*, “The effectiveness of occupational health and safety management system interventions: A systematic review”, *Safety Science*, Vol. 45, núm. 3, 2007, en particular págs. 141-143. Destacando los AMG que recogen esta remisión, Avelar Pereira, F., *Global Framework Agreements. A response to urgent global labour concerns*, cit., págs. 293-294, Tabla 34.

llamado a incluir la discusión sobre seguridad e higiene en relación con la capacitación en la utilización de nuevas tecnologías y equipos (Aker o Codere), con el compromiso referido a la puesta a disposición de textos, la formulación de enmiendas, la coordinación, la propuesta de una versión final y la presentación de las medidas de prevención destinadas a hacer frente a los riesgos derivados de las nuevas tecnologías; pero, al tiempo, con aprovechamiento de las ventajas que de ellas pudieran derivar para eliminar cualesquiera otros. Evitando, de este modo, ser una mera “pieza de papel” o “vitrina social”²⁸, al incorporar una gestión de riesgos “basada en datos válidos y en una ciencia sólida” (Umicore); también, y bajo el compromiso de “mejora continua” (OHL) la aplicación de las “mejores prácticas”, “prácticas más avanzadas”, “los estándares técnicos y operativos más avanzados de seguridad” o “los mejores conocimientos”, contando por ello con la participación de los trabajadores (Ability, Aker, Arcelor, Brunel, Daimler, EADS, EDF, Enel, Eni, Essity, FCC, Ferrovial, Ford, Freudenberg, GEA, GDF Suez, , Italcementi, Lukoil, Norske Skog, OHL, Portugal Telecom, Sacyr, Siemens-Gamesa, Statoil, Takashimaya o Umicore), al punto de hacer que su ejemplo sirva para la promoción de tecnologías seguras (Eni, Lukoil o Pernod Ricard).

3. Las ideas de evaluación general y planificación subyacen en cláusulas como aquellas en las cuales se establece que “la salud y seguridad en el trabajo serán, al mismo tiempo, parte integrante de todos los procesos empresariales y quedarán incluidas en las consideraciones sociales, económicas y tecnológicas desde el primer momento con la fase de planificación” (ThyssenKrupp y TK Elevator), o cuando las partes manifiestan el propósito de “adaptarse rápidamente al cambio de condiciones a partir del incremento de la seguridad en el trabajo” (Aker), “progresar a nivel técnico, resolviendo las situaciones de riesgo —SAR— y la generación de ideas para avanzar en materia de seguridad” (Michelín) “anticipar los cambios tecnológicos a través de la formación” (Air o Antara) o “actualizar periódicamente los dispositivos de intervención, verificándolos a intervalos regulares en el marco de ejercicios organizados al efecto” (Total). Será importante, sin embargo, sopesar los problemas derivados de la adopción de estándares elevados cuando la aplicación de las medidas pretende ser universal (AngloGold)²⁹, al menos a la vista de la variedad de los riesgos identificados entre los proveedores y subcontratistas (EDF).

Singular es aquella previsión destinada a añadir que “también se prestará especial atención a todos los nuevos proyectos e inversiones con el fin de seleccionar, siempre que sea posible, las tecnologías y útiles que puedan ayudar a minimizar los riesgos e impacto sobre el medio ambiente y la salud humana” (Pernod Ricard, Solvay, Total o Valeo), para así abrir el discurso a una relación

28 Frosecchi, G., “GDF Suez Transnational Collective Agreement on health and safety: EWC as negotiating agent and the relevance of the ETUF leading role”, *CDSLE 'Massimo D'Antona' Working Papers*, núm. 119, 2015, págs. 23-27, en https://aei.pitt.edu/100489/1/20150512%2D113700_Frosecchi_n119%2D2015intpdf.pdf.

29 Sobre el ejemplo dado por esta internacional, la reflexión de Rockson, K., “How effective are international framework agreements in subsidiary companies of multinational enterprises? A case study of the international framework agreement of AngloGold Ashanti Ghana”, *Drumspeak*, Vol. 6, núm. 1, 2023, en particular, págs. 83-85.

natural entre seguridad y salud laboral y medio ambiente a través de la idea de sostenibilidad (Petrobras)³⁰.

Idéntica conclusión cabrá obtener cuando la seguridad va de la mano de la calidad, proyectándose sobre los clientes o terceros interesados para afianzar “una cultura que proteja la salud y seguridad de todas las personas que trabajan para Enel y tienen contacto con el Grupo, incluyendo empleados, contratistas, proveedores y clientes” (Enel). Así sucede en aquellos casos en los cuales se proclama la sensibilidad corporativa con el “desarrollo en todo el mundo de la movilidad individual”, lo cual lleva a la decisión de “equipa[r] sus vehículos con las últimas tecnologías tanto de protección como de prevención de accidentes y poner en marcha acciones educativas y formativas en seguridad vial para todos los públicos: niños, adolescentes, profesionales y mundo académico” (Renault). También cuando diseña una herramienta denominada “Sistema de Gestión de Reclamaciones”, en la medida en la cual su objetivo radica tanto en recopilar y hacer seguimiento de las quejas de los clientes sobre la calidad del producto o del servicio (poniéndolas en conocimiento de las filiales afectadas para la adopción de las medidas necesarias), como de “informa[r] inmediatamente al *holding* de cualquier sospecha de problema en materia de seguridad alimentaria, lo que permite dar una respuesta rápida” (Pernod Ricard).

2.2.2. La previsión recogida en los AMG dedicados en exclusiva a la prevención de riesgos laborales

De abandonar la perspectiva general, donde la seguridad y salud laboral es una materia más en medio de otras condiciones de trabajo en el contenido general, para centrar la atención en aquellos AMG destinados de manera monográfica a esta materia —a través de los cuales se cubre uno de los requisitos para ser consideradas “empresas amigables”³¹—, cabrá dar cuenta cuatro ejemplos destacados con matices claramente diferenciados.

1. En primer lugar, uno de los más ambiciosos e influyentes es de Daimler Chrysler, con el enorme mérito no solo de servir como ejemplo respecto a las dificultades para conseguir una aplicación uniforme por mor del distinto grado de evolución tecnológico en los distintos Estados donde aparece radicada la multinacional³², sino también por la preocupación explícita en extender algunas de las medidas de seguridad y salud al usuario del vehículo³³.

30 La evolución de Petrobras tras el escándalo de corrupción de 2016 que padeció y su reacción en pro de la ecología y la salud de los trabajadores en Thomson, J. A., “Seeing green through the eyes of national oil companies: A comparison of Gazprom’s and Petrobras’ environmental sustainability”, *Channels*, Vol. 3, núm. 1, 2018, págs. 110 y 111.

31 Una exposición cuidada al respecto, en Ashwin, S, *et alii*, “Spillover effects across transnational industrial relations agreements: the potential and limits of collective action in global supply chains”, *cit.*, págs. 1010-1014.

32 Pringle, J. S., *The role and efficacy of management in influencing the implementation of an occupational health and safety policy: A case study of Daimler-Chrysler South Africa East London*, Tesis, Rhodes University, Grahamstown, 2006, págs. 68 y ss., en https://commons.ru.ac.za/vital/access/manager/Repository/vital:3355?site_name=Rhodes+University&view=null&f0=sm_subject%253A%2522Industrial+safety+---+Management+---+South+Africa%2522&sort=null

33 Pirger, A. *et alii*, “Ergonomics in the product development process at Daimler AG: A holistic approach”, en AA.VV. (Bargende, M., Reuss, H. C. y Wiedemann, J., Eds.), *17 Internationales Stuttgarter Symposium. Automobil-und Motorentechnik*, Springer, Wiesbaden, 2017, págs. 1305-1315.

De este modo, cobran destacada importancia tres previsiones específicas: en primer lugar, la obligación de destinar los recursos e inversiones necesarios para acomodar los principios recogidos en el AMG a la capacidad financiera de la entidad y a las posibilidades técnicas del entorno; en segundo término, el cumplimiento escrupuloso, en los desarrollos de ingeniería de vehículos de motor, de los estándares de calidad y seguridad orientados sistemáticamente a la protección de la salud y la seguridad del usuario; por último, la observación, en los puestos de trabajo, de las medidas ergonómicas que la experiencia y la técnica han acreditado como saludables, implicando a los trabajadores en el diseño de los lugares y ambientes de trabajo para continuar con el proceso de mejora; colaborando, cuando fuera necesario, con los expertos técnicos y/o el equipo médico de la empresa en función de las contingentes situaciones en presencia.

2. La adaptación de las medidas preventivas a los lugares donde actúa (“perseverancia, constancia y adaptación a los contextos” son algunas de las claves barajadas como norte), constituye una premisa indeclinable en la apuesta por el elemento local en el acuerdo de Orange (que como el de GDF Suez Engie en la materia constituye el vivo ejemplo de extensión de las pautas europeas al resto del mundo³⁴), entre cuyos aspectos más destacados cabría enunciar los siguientes³⁵:
 - a. La necesaria atención a los recursos humanos, financieros y técnicos que sean precisos para la implementación de lo pactado en función del concreto territorio donde haya de ser aplicado, así como la consideración apropiada a tales factores a la hora de organizar los lugares de trabajo.
 - b. El plan de prevención instaurado en las distintas entidades aparece orientado a las funciones técnicas desempeñadas por cada trabajador, examinando las competencias requeridas y proporcionando adecuada formación cuando aquellas variaran por mor de cambios en los sistemas de producción.
 - c. La apuesta por la salud en línea, habida cuenta de que la experiencia permite constatar cómo, “en muchos Estados donde opera el grupo, los teléfonos móviles proporcionan uno de los métodos más efectivos de llegar a la población para concienciarla y difundir información sobre salud. En este sentido, el grupo también muestra su compromiso a la hora de desarrollar y promocionar los servicios de comunicación *e-health* entre la población. Estos servicios pueden ser objeto de tasa o estar libres de pago para la población en función de cuanto se hubiera acordado por las partes a nivel local: salud en línea o servicios de información a

34 Según permiten constatar Bourguignon, R., Garaudel, P. y Porcher, S., “Global Framework Agreements and trade unions as monitoring agents in transnational corporations”, *Journal of Business Ethics*, núm. 165, 2020, pág. 524 y Barraud De Lagerie, P. *et alii*, “L'accord d'entreprise mondial, instrumentail de politiques pour les groupes internationaux”, *La Revue de l'IRES*, núm. 101-102, 2020, págs. 137-139.

35 Para otra perspectiva más global, Barreau, J., Havard, C. y Ngaha Bah, A., “Global union federations and International Framework Agreements: Knowledge exchange and creation”, *European Journal of Industrial Relations*, Vol. 26, núm 1, 2020, págs. 46 y 49.

través de SMS consiguen concienciar a los ciudadanos en temas de salud en cooperación con las autoridades sanitarias locales”.

- d. Sienta que, “en el esfuerzo por asegurar la salud y seguridad de los trabajadores, la entidad acudirá a vías apropiadas para proporcionar la información relevante sobre seguridad y salud en el trabajo”. Los medios electrónicos aparecen, en este sentido, como un instrumento especialmente apto al respecto. Por su parte, y bajo afán de acomodarse a la situación local, a “las competencias requeridas en salud y seguridad en el trabajo se añadirán las medidas necesarias [, entre ellas las exigencias técnicas oportunas,] para asegurar a todos los interesados que estarán en condiciones de asumir las responsabilidades y roles asociados a las mismas”.
3. La idea de un diálogo social ente la dirección local y los representantes de los trabajadores o sindicatos del lugar donde opera la empresa se convierte en el objetivo declarado “a nivel de planta” en el de Acerlor³⁶, a cuyo fin se deposita el peso fundamental de la gestión sobre cada uno de los comités de seguridad y salud constituidos en cada una de las sedes —según consta en el modelo Luxemburgo al que sigue, lo cual evita problemas de Derecho Internacional privado³⁷—, proporcionándoles a tal fin las atribuciones precisas y facilitando una guía específica que aclara tanto la estructura y composición (con específica alusión a la dotación mínima que han de incorporar en cuanto hace al personal sanitario), reuniones y, sobre todo, determinación de competencias, centradas en los siguientes aspectos fundamentales.
- a. Desarrollo de un plan de acción, tanto a corto como a largo plazo (actualizándolo cuando proceda), sobre las inversiones necesarias para mejorar las condiciones de trabajo.
- b. Realización de inspecciones periódicas (cada área habrá de ser visitada al menos una vez al mes) destinadas a comprobar la situación preventiva y, en particular, a identificar las principales fuentes de peligro para los trabajadores. Medida acompañada de una auditoría integral y profunda del programa general de seguridad en el lugar de trabajo al menos una vez al año, que habrá de atender en particular —y entre otros aspectos— a los siguientes procesos:
- Programas de formación y educación.
 - Incorporación de nuevos empleados.
 - Respuesta a los problemas e ideas de mejora planteados por los empleados, incluyendo las sugerencias anónimas y la plena garantía de indemnidad.
 - Compromiso con el entorno circundante, pues el lugar de trabajo “existe y funciona como parte de una comunidad”.

36 Un análisis al respecto en Davis, S., “International Framework Agreements and global social dialogue: Parameters and prospects”, *ILO Employment Working Paper*, núm. 47, 2010, págs. 3 y 7.

37 Resaltando este aspecto, De Koster, P., “International Framework Agreements on corporate social responsibility: Conflict of law and enforcement”, *Business Law International*, Vol. 20, núm. 2, 2009, págs. 133-135.

- En fin, y más trascendente a estos efectos, la gestión del cambio derivada de la introducción de nuevas tecnologías, sentándose que “la empresa no debe realizar cambios significativos en la tecnología, incluidos equipos, materiales, procesos o procedimientos, a menos que la seguridad del cambio haya sido evaluada a fondo por ingenieros [o técnicos] competentes y discutida por el comité. El comité también deberá obtener información del empresario sobre: la identificación de peligros existentes o potenciales de los materiales, procesos o equipos; la experiencia en seguridad y salud y las prácticas y directrices laborales en industrias similares u otras de las que el empresario tenga conocimiento; y, a los efectos propios seguridad y salud, de la realización de pruebas de cualquier equipo, máquina, dispositivo, artículo, material, producto químico y agente físico o biológico en o alrededor de un lugar de trabajo”.

Las iniciativas precedentes están llamadas a tomar forma —escrita— en la denominada “Política de seguridad” de la compañía y en todos los programas que a su calor se desarrollen con el objeto de prevenir la siniestralidad (“no solo como una meta, sino como una forma de vida”), así como en la comprobación escrupulosa de que los subcontratistas se ajustan, también, a sus directrices. Los objetivos, actividades desarrolladas, asignación de responsabilidades y la propia participación de los trabajadores se ajustará al patrón mencionado.

4. Una tendencia parcialmente opuesta a la hasta ahora analizada es la seguida por GDF Suez Energie, pues parte del AME firmado en 2014 (“Principios fundamentales para la salud y seguridad en el trabajo”)38 y lo extiende a nivel mundial, llamando la atención, cuatro aspectos fundamentales:
 - a. La asignación imprescindible de los recursos adecuados para su efectividad, con énfasis en los económicos y técnicos.
 - b. Entre los análisis de las causas subyacentes a los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, además de las organizativas o humanas y/o las relativas al ambiente de trabajo, hacen que destaquen con luz propia las de origen técnico. Ello lleva a propugnar la eliminación paulatina de los productos que contengan sustancias tóxicas reemplazables, así como la sustitución de cuantos métodos, sistemas y elementos de trabajo se hayan quedado obsoletos en el plano preventivo, incorporando los más avanzados que hayan acreditado su eficacia. En este sentido, la identificación de errores y necesidades de mejora constituyen un elemento clave para el proceso y ayuda, por ejemplo, a establecer dispositivos de protección colectiva, tales como los controles de diseño.
 - c. La fundamental consideración en los planes de urgencia, junto a los procedimientos de alerta y evacuación y la organización de la gestión de la crisis, de los medios necesarios para cubrir e intentar dominar todas las situaciones de crisis posibles.

38 Frosecchi, G., “GDF Suez Transnational Collective Agreement on health and safety: EWC as negotiating agent and the relevance of the ETUF leading role”, cit., págs. 32-35.

- d. Por último, la necesidad de establecer en todos los procesos industriales y de infraestructuras, en particular si vinculados a posteriores procesos de subcontratación, un procedimiento de seguridad y salud, adecuado en sus medios técnicos para cada una de las fases de lanzamiento, planificación, implementación, conclusión y transferencia.
5. El planteamiento más original, sin duda (aunque también el más alejado del objeto de este ensayo) es el que ofrece el acuerdo de Rheinmetall. Su sistema o estrategia de gestión de la salud en la empresa añade dos perspectivas capaces de aportar una visión redonda que entronca con el elemento de novedad derivado de los cambios.

El primero de los aspectos alude al órgano de coordinación y gestión de la prevención a constituir en cada centro entre la dirección de la empresa (o el departamento de Recursos Humanos) y la representación de los trabajadores, denominado de manera sugerente como “Círculo de gestión de la salud”, con un responsable general (coordinador) para implantar la estrategia de la multinacional en cada ámbito local. Su objetivo y funciones nucleares quedan situadas en “crear las condiciones requeridas para desarrollar una estrategia de gestión de salud y encauzar las actividades respectivas de tal modo que estas puedan implantarse en el respectivo centro de forma eficiente, económicamente sensata y según los requerimientos específicos”. Contexto en el cual está llamado a “asumir, en particular, las siguientes tareas: identificación de los campos de actividades, determinación de los objetivos de salud, priorización de los proyectos, gestión y orientación general, control de la implementación sistemática de medidas y evaluación de los resultados alcanzados”.

El segundo ateniende a la preocupación por “evitar adicciones nocivas y sus consecuencias”, para aclarar que con ese término “no solo se refiere a las adicciones o sustancias como alcohol, estupefacientes y medicamentos, sino también a comportamientos y actividades adictivas nocivas (ludopatía o adicción al juego, compras compulsivas, trastornos alimentarios, adicción mediática, entre otras); además, a medidas de apoyo a personas en riesgo afectadas por algún tipo de adicción”.

Propone, en este sentido, una estrategia de prevención que incluye actividades de sensibilización sobre el tema ante los trabajadores, ofreciendo a los afectados lugares de apoyo dentro de la empresa y el desarrollo de líneas de cooperación con centros externos, así como la elaboración de un manual de cumplimiento empresarial en el cual procederá tener en cuenta aspectos como los siguientes:

“determinación y concreción de una guía de intervención (programa sistematizado compuesto por diferentes fases) para los directivos y para todas las personas pertinentes; designación, integración y formación de asesores en caso de adicción dentro de la empresa; formación de los cuadros directivos; y, en fin, educación y sensibilización acerca del tema de codependencia”.

6. Danone es, de seguro, la compañía que —haciendo honor a su progenitura— más actividad ha desplegado en la firma de Acuerdos. El relativo a salud, seguridad, condiciones de trabajo

y estrés, eleva este último riesgo desde el nivel europeo al mundial, aunque dejando siempre la impronta del país donde tiene la sede la multinacional³⁹, mencionando entre sus posibles causas los requerimientos derivados de la introducción de nuevas tecnologías cuando no ha obrado la oportuna formación ocupacional para afrontar el tránsito. Además de tal consideración presenta otros tres aspectos de relieve⁴⁰:

- a. "La prevención de riesgos debe tener lugar en la fase más temprana de la ejecución de un proyecto y del proceso de compra (de materiales, equipos, etc.), conjuntamente con las organizaciones sindicales o las instancias de representación del personal y empleados interesados en estos diferentes proyectos". Las gestiones relacionadas con la seguridad y salud laborales exigen perseverancia y coherencia y están llamadas a prolongarse en el tiempo para dar frutos; sin embargo, "no deben impedir la actualización de equipamientos (calidad y fiabilidad) ni las acciones sobre comportamientos".
- b. Resulta imperiosa la formación en las distintas actividades relacionadas con la prevención, contando para ello, cuando fuera preciso, con la colaboración de expertos técnicos y personal médico. Específica es la preparación cualificada a acreditar para afrontar situaciones de urgencia, como problemas de salud concretos, incendios o explosiones; en concreto, ha de obrar una formación de reciclaje con cada traslado de puesto, cambio de función o de equipo de trabajo. Por su parte, en caso de peligro grave, el trabajador habrá de alertar inmediatamente a su superior a través del medio más adecuado a su alcance; si no fuera posible, deberá adoptar las medidas adecuadas para evitar las consecuencias del peligro "sobre la base de sus conocimientos y medios técnicos". Ello supone una formación singular en este ámbito y una dotación de medios apropiada para poder afrontar la situación.
- c. En todo caso, la empresa habría de "garantizar los lugares de trabajo, maquinaria y procedimientos que no presenten riesgos, y si el riesgo no puede eliminarse, a limitar sus efectos sobre la salud y seguridad del personal". Además de concretar las medidas de protección individual y colectiva en determinadas actividades potencialmente peligrosas, "se compromete a implementar medidas de prevención y de eliminación o manejo de los riesgos: se trata de trabajos de electricidad, suministro de energía (aire comprimido, etc.), de transportes de cargas con maquinaria (manual o mecánica), conducción de vehículos, del trabajo en un espacio confinado, maquinaria en movimiento (...)".

39 Precisamente en alusión a esta materia para diferenciar la iniciativa gala frente a otras de origen germánico, Kramer, M., "International Framework Agreements shaped by the countries of negotiation: France and Germany compared", *Journal of Contemporary Development & Management Studies*, Vol. 8, 2020, pág. 102.

40 Bajo una perspectiva más amplia, Barreau, J., Havard, C. y Ngaha Bah, A., "Global union federations and International Framework Agreements: Knowledge exchange and creation", cit., págs. 46, 48 y 53.

3. LA REGULACIÓN MÁS ACABADA EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA TRANSNACIONAL

Las construcciones más avanzadas, por cuanto hace a lo que aquí es objeto de atención, aparecen relacionadas con una vía específica para eliminar riesgos diversos derivados de la proyección de la actividad productiva sobre el tiempo de descanso y las facilidades que la tecnología introduce a la hora de poder prestar servicios sin necesidad de acudir al centro de trabajo.

3.1. El derecho de desconexión

Además de elemento imprescindible para una adecuada conciliación de la vida personal y familiar (PSA Peugeot Citroën), así como garantía fundamental en la protección de datos personales, a la invocación puntual como uno de los derechos del nuevo cuño (Solvay)⁴¹ se acompaña en ocasiones una regulación más acabada, como la ofrecida en dos de los acuerdos analizados.

El primero de ellos presenta el siguiente literal harto elocuente (Unicredit)⁴²:

a) 'Deja el trabajo en el trabajo'

Uso adecuado de los dispositivos corporativos:

- Respetando, en principio, el horario oficial de trabajo, según el diferente nivel de responsabilidad directiva y la antigüedad.
- Preservando los tiempos de descanso diario, semanal y de vacaciones de los empleados.
- Evitando el mal uso y el abuso de los canales digitales (por ejemplo, SMS, videollamadas, WhatsApp, chat, llamadas).

b) 'Crea tu zona libre de tecnología'

- El uso de dispositivos personales por motivos de trabajo solo está permitido en caso de verdadera urgencia.

41 El dato destacado, en Barraud De Lagerie, P. *et alii*, "L'accord d'entreprise mondial, instrumentail de politiques pour les groupes internationaux", cit., págs. 133 y 134.

42 Un análisis sucinto en su contexto en Zucaro, R., "Il diritto alla disconnessione tra interesse collettivo e individuale. Possibili profile di tutela", *Labour & Law Issues*, Vol. 5, núm. 2, 2019, pág. 225 y LAI, M., "Innovazione tecnologica e tempi di lavoro tra contrattazione e legge", *Centro Studi CISL*, 2020, pág. 5, en <https://www.centrostudi.cisl.it/attachments/article/563/INNOVAZIONE%20TECNOLOGICA%20E%20TEMPI%20DI%20LAVORO%20TRA%20CONTRATTAZIONE%20E%20LEGGI.pdf>

- Se debe evitar el envío de mensajes de texto, llamadas y correos electrónicos a dispositivos personales por motivos de trabajo.

c) 'Hay un equilibrio entre la vida laboral y la personal fuera de tu bandeja de entrada'

Uso responsable del correo electrónico:

- En principio, respetando el horario de trabajo oficial y preservando los tiempos de descanso diario, semanal y de vacaciones de los empleados, según el diferente nivel de responsabilidad directiva y la antigüedad.
- Enviando solo a los destinatarios estrictamente interesados (personas en copia salvo excepción).
- Asegurando que el contenido sea sintético, claro y siempre respetuoso.
- Evitando el uso excesivo de correos electrónicos, prefiriendo el diálogo verbal cuando sea posible”.

Por su parte, el segundo de los ejemplos da cuenta de cómo la entidad compleja, “en un entorno internacional y operando en todos los husos horarios (...), permite a sus empleados elegir si se conectan o no fuera de su horario de trabajo habitual; no obstante, sus conexiones deben limitarse a los períodos de tiempo aplicables para el desarrollo de sus funciones profesionales”.

A fin de que no se diluya en exceso la frontera entre la vida privada y profesional, directivos y empleados asumen la responsabilidad conjunta de respetar y hacer que se respete el tiempo de trabajo y descanso y todos ellos habrán de tener la posibilidad de asistir a formaciones complementarias para detectar posibles síntomas tempranos de hiperconectividad. De igual modo, todos los trabajadores podrán comunicar “sus preocupaciones en caso de sentirse aislados, sobrecargados y/o en riesgo para su salud y/o su equilibrio psicológico”⁴³.

Al lado de esta cautela preliminar, establece otra en su favor: “durante aquellos períodos no están obligados a responder a los correos electrónicos o a las llamadas telefónicas que reciben y deben hacer lo posible por limitar sus propios mensajes y llamadas a situaciones de emergencia, relacionadas exclusivamente con la seguridad de los empleados y/o clientes”.

Como garantía del sistema, y además de la conveniente consulta a nivel local ordenada a conseguir un acuerdo para regular el uso de los medios de comunicación, los directivos y empleados con responsabilidades “han de asegurarse de dar ejemplo: permanecerán atentos y alertas para el caso de incumplimiento de los períodos de descanso” (*Renault On developing life at work*; contenido en la ratificación expresa y en sus propios términos en el anexo del AMG Renault “en el que se especifican las condiciones de trabajo a distancia de los empleados y empleadas del Grupo Renault”).

⁴³ Destacando la importancia en particular de esta regla, Miñarro Yanini, M., “La desconexión digital en la práctica negocial: más forma que fondo en la configuración del derecho”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 440, 2019, págs. 10 y 11.

3.2. La apuesta por el teletrabajo y las medidas concretas de prevención de riesgos laborales

Como regulación pionera de 2017⁴⁴, cabrá dar cuenta de aquel AMG que lanzó una prueba piloto en Argentina, Bélgica, Brasil, España y Francia a partir de la cual, y gestionada siempre sobre la negociación a nivel local entre la empresa y quienes representan a las personas trabajadoras, se busca adaptar algunas formas de teletrabajo a la realidad laboral de cada país (según mantiene aquel otro acuerdo que, además, remite a la autonomía negocial en cada lugar —Generali—), con vocación de extenderse en función de las necesidades y expectativas y corrigiendo las disfuncionalidades observadas, entre otros aspectos, en materia de prevención de riesgos laborales (PSA Peugeot Citroën).

Siguiendo su estela, en 2019 aparece la regulación más acabada hasta el momento a este respecto, bajo el objetivo fundamental de “conciliar el progreso técnico con el social” y, en el contexto aquí propuesto, “respetar los horarios legales de trabajo y garantizar una carga de trabajo razonable para todos”, a cuyo fin resultaba pertinente abrir las oportunas consultas con los representantes sindicales o electivos que pudieran concluir en acuerdos a nivel local (Renault *On developing life at work*).

La generalidad que acompaña a la primera versión⁴⁵, sin apenas referencias a la seguridad y salud laborales, muda sustancialmente al calor de la crisis sanitaria provocada por la COVID-19, dando pie a un Anexo que constituye una ordenación de referencia hacia el futuro articulado sobre cinco pilares, en el seno de cada uno de los cuales destacan las medidas preventivas siguientes (Renault Anexo “en el que se especifican las condiciones de trabajo a distancia de los empleados y empleadas del Grupo Renault”):

1. En el apartado relativo a “los requisitos para éxito”, al margen de las cláusulas relativas a la desconexión, que han merecido un análisis específico, se establecen acciones de formación complementarias en materia preventiva (diferenciando entre empleados ordinarios y directivos) para detectar síntomas tempranos de hiperactividad. Adicionalmente se acompañan otras dos medidas con el mismo propósito: por una parte, la invitación a los empleados a comunicar a los directivos sus preocupaciones en caso de sentirse aislados, sobrecargados y/o en riesgo para su salud y/o su equilibrio psicológico (“con el fin de respetar la legislación local, los empleados deben comunicar a sus responsables jerárquicos las horas de trabajo que realicen al margen de la duración habitual de su tiempo de trabajo”); por otra, la relativa a que “los servicios de salud, en relación con los directivos, seguirán cuidando de la salud y la seguridad de

44 Aun cuando media un precedente que apuntaba en igual sentido en el AMG de Danone intitulado *On sustainable employment and access to rights*, de 15 de marzo de 2016, conforme deja constancias Frapard, M., *Les accords d'entreprise transnationaux. Les firmes peuvent-elles s'autoréguler en matière sociale?*, París (Presses des Mines), 2018, pág. 87. No obstante, la propia empresa Citroën ya había empleado la fórmula en Europa desde 2011, según ponen de relieve Gschwind, L. y Vargas, O., “Telework and its effects in Europe”, en AA.VV. (Messenger, J. C. Ed.), *Telework in the 21st century: An evolutionary perspective*, Edward Elgar, Ginebra, 2019, pág. 67.

45 Un paisaje elocuente de su aplicación en Rumania en Brînzea, V. M. Y Secară, C. G., “The telework, a flexible way to work in a changing workplace”, *Scientific Bulletin. Economic Sciences. University of Pitești*, Vol. 16, núm. extra, 2017, pág. 210.

los empleados, en particular mediante campañas informativas y de prevención de los riesgos profesionales y abordando específicamente el ejercicio diario del trabajo a distancia mediante reuniones con los servicios de salud”.

2. En el seno del propósito relativo a “co-construir la cohesión del equipo y la colaboración con los demás colectivos”, se hace pesar sobre los directivos, en el seno de diversas medidas de reparto de misiones y organización de tiempos de trabajo, la encomienda específica de “evitar un efecto de aislamiento”, estudiando la viabilidad de trabajar en parejas o en equipos cuando resultara factible y se considerara necesario, fijando reuniones regulares con los trabajadores para llevar a cabo los ajustes necesarios y organizando reuniones de equipo tanto de forma presencial como a distancia.
3. Bajo igual objetivo de mantener un marco estructurado, la iniciativa más destacada en el principio relativo a “organizar los nuevos modos de trabajo” atañe a la fijación de una proporción obligatoria de carácter mínimo del teletrabajo respecto al trabajo presencial, “para mantener el vínculo con los demás miembros del equipo y de la empresa” que ayude también al equilibrio personal.
4. En el apartado destinado a “garantizar la equidad profesional”, y además “de aplicar prioritariamente estrategias kaizen con el fin de mejorar las condiciones de trabajo en el establecimiento, remodelar la organización del equipo y reducir las dificultades de determinados puestos”, se alude de manera específica a la preocupación por el mantenimiento de la ergonomía adecuada, en especial en los supuestos de empleados en situación de discapacidad. A la par, y sin perjuicio de una remisión en bloque al *Código Deontológico del Grupo Renault*, se procede a desaprobación de manera expresa y tajante cualquier manifestación de violencia en el trabajo, acoso o discriminación; habilitando, a tal fin, el sistema de alerta profesional para quien observe conductas inadecuadas en el trabajo a distancia, con garantía de absoluta confidencialidad y protección.
5. Por último, y bajo la convicción plena de la necesidad de “hacer del diálogo social una palanca fundamental”, se habilita un cauce específico para que los empleados comuniquen a sus representantes y/o directivos las vivencias propias, expectativas o dificultades derivadas de esta forma de trabajo, entre las cuales figuran de manera expresa las relativas a la repercusión en la salud laboral. El balance final del análisis resultante será objeto de Comunicación a las partes singulares y de debate específico en el comité del grupo mundial.

En la muestra más actual, destinada con carácter general a la transformación digital, tras el reconocimiento en el preámbulo del impacto potencial y significativo que pueden tener las brechas tecnológicas, “especialmente en la salud mental de los empleados”, se destina un apartado específico a la prevención de riesgos laborales. En él, y además de la alusión ya significada a la desconexión, así como una mención general a la necesidad de informar y consultar a los representantes especializados “cuando las nuevas tecnologías puedan impactar en el bienestar de las personas trabajadoras”, el resto de la regulación aparece dedicada al teletrabajo, del cual se resaltan sus virtudes como

forma de trabajar que ayuda a promover la inclusión en el mercado de trabajo de las personas mayores y con discapacidad, de quienes tienen responsabilidades familiares y de otros grupos vulnerables; advierte, empero, que la entidad “presta atención al hecho de que el trabajo a distancia pueda llevar a la pérdida del sentido de pertenencia y al aislamiento, no en vano la superación de los límites entre el trabajo y el descanso puede intensificar el estrés relacionado con la cantidad de trabajo y con el tiempo” (Solvay)⁴⁶.

4. BIBLIOGRAFÍA

- Ashwin, S, et alii, “Spillover effects across transnational industrial relations agreements: the potential and limits of collective action in global supply chains”, *Industrial and Labor Relations Review*, vol. 73, núm. 4, 2020.
- Aranea, M., “Multi-level employment relations in the multinational company: evidence from Allianz SE”, en AA.VV. (Pulignano, V., Köhler, H-D. y Stewart, P. Eds.), *Employment relations in an era of change. Multi-level challenges and responses in Europe*, ETUI, Brussels, 2016.
- Avelar Pereira, F., *Global Framework Agreements. A response to urgent global labour concerns*, Tesis doctoral, Universidad de Lund, Lund, 2021. https://lucris.lub.lu.se/ws/portalfiles/portal/101682876/Fabiana_Avelar_Pereira.pdf
- Barraud De Lagerie, P. et alii, “L'accord d'entreprise mondial, instrumentail de politiques pour les groupes internationaux”, *La Revue de l'IRES*, núm. 101-102, 2020.
- Barreau, J., Havard, C. y Ngaha Bah, A., “Global union federations and International Framework Agreements: Knowledge exchange and creation”, *European Journal of Industrial Relations*, vol. 26, núm 1, 2020.
- Bourguignon, R., Garadel, P. y Porcher, S., “Global Framework Agreements and trade unions as monitoring agents in transnational corporations”, *Journal of Business Ethics*, núm. 165, 2020.
- Brînzea, V. M. y Secară, C. G., “The telework, a flexible way to work in a changing workplace”, *Scientific Bulletin. Economic Sciences. University of Pitești*, Vol. 16, núm. Extra, 2017.
- Burkett, B. W., “International Framework Agreements: An emerging international regulatory approach or a passing European phenomenon?”, *Canadian Labour and Employment Law Journal*, vol. 16, núm. 1, 2011.
- Casey, C., Delaney, H. y Fiedler, A., “Recalling moral dimension. Transnational labour interests and corporate social responsibilities”, *Industrial Relations*, Vol. 52, núm 5, 2021.
- Davis, S., “International Framework Agreements and global social dialogue: Parameters and prospects”, *ILO Employment Working Paper*, núm. 47, 2010.

⁴⁶ Destacando este aspecto vinculado a la salud mental, Kang, K. S., “Digital technology in a crisis: Role and importance of Workplace Innovation (WPI) in relation to digital company strategies”, *European Journal of Workplace Innovation*, Vol. 7, núm. 2, 2023.

- De Koster, P., "International Framework Agreements on corporate social responsibility: Conflict of law and enforcement", *Business Law International*, Vol. 20, núm. 2, 2009.
- De La Villa Gil, L. E., "Acerca de la responsabilidad social corporativa. Algunas consideraciones críticas desde la perspectiva de las relaciones laborales", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 16, 2008.
- Donaghey, J. Y Reinecke, J., "When industrial democracy meets corporate social responsibility. A comparison of the Bangladesh Accord and Alliance as responses to the Rana Plaza disaster", *British Journal of Industrial Relations*, Vol. 56 núm. 1, 2018.
- ETUC/UICE/UEAPME/CEEP, *Acuerdo Marco sobre teletrabajo*, 2002. https://www.google.com/search?sca_esv=592504798&q=ETUC/UNICE/UEAPME/CEEP:+Acuerdo+Marco+sobre+teletrabajo,+2002&spell=1&sa=X&ved=2ahUKewjeyqPpgJ6DaxXLVKQEHSkRDoIQBSgAegQICRAC&biw=1366&bih=607&dpr=1
- ETUC/BUSNESSEUROPE/SMEUNITED/CEEP, *Acuerdo Marco de los interlocutores sociales europeos sobre Digitalización*, 2020. <https://www.ceoe.es/es/publicaciones/laboral/acuerdo-marco-de-los-interlocutores-sociales-europeos-sobre-digitalizacion>.
- Fernández Domínguez, J. J., *De la condicionalidad social a los Acuerdos Marco Internacionales. Sobre la evolución de la responsabilidad social empresarial*, Aranzadi/Thomson, Cizur Menor, 2012.
- Frapard, M., *Les accords d'entreprise transnationaux. Les firmes peuvent-elles s'autoréguler en matière sociale?*, Presses des Mines, París, 2018.
- Froscchi, G., "GDF Suez Transnational Collective Agreement on health and safety: EWC as negotiating agent and the relevance of the ETUF leading role", *CDSLE 'Massimo D'Antona' Working Papers*, núm. 119, 2015. https://aei.pitt.edu/100489/1/20150512%2D113700_Froscchi_n119%2D2015intpdf.pdf.
- Gibb, E., "Global Framework Agreements: Building and protecting space for local collective bargaining through international organization", *Alternate Routes*, Vol. 31, núm. 1, 2020.
- Gond, J. P. et alii, "How corporate social responsibility and sustainable development functions impact the workplace: A review of the literature", *ILO Working Paper*, núm. 71, 2022.
- Göpfert, B. y Bertke, A. K., "Global Framework Agreements. Globale Rahmenvereinbarungen mit Gewerkschaften zu sozialen Standards", *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, Vol. 44, núm. 20, 2023.
- Gschwind, L. y Vargas, O., "Telework and its effects in Europe", en AA.VV. (Messenger, J. C. Ed.), *Telework in the 21st century: An evolutionary perspective*, Edward Elgar, Ginebra, 2019.
- Haipeter, T. et alii, "Industrial relations at centre stage: Efficiency, equity and voice in the governance of global labour standards", *Industrielle Beziehungen*, vol. 28, núm. 2, 2021.
- Hammer, N., "Apendice", en AA.VV. (Papadakis, K. Ed.), *Diálogo social y acuerdos transfronterizos ¿Un marco global emergente de relaciones industriales?*, OIT/Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2009.
- Ionita, L., "Acuerdos Marco Transnacionales innovadores: ejemplos de buenas prácticas en la negociación colectiva transnacional", en AA.VV. (Cairós Barreto, D. M., Dir.), *Las relaciones colectivas de trabajo en el nivel europeo e internacional. Organización, acción sindical y negociación colectiva*, Aranzadi-Thomson/Ministerio de Ciencia e Innovación, Cizur Menor, 2021.

- Kang, K. S., "Digital technology in a crisis: Role and importance of Workplace Innovation (WPI) in relation to digital company strategies", *European Journal of Workplace Innovation*, Vol. 7, núm. 2, 2023.
- Khan, Z., "Transnational labour governance: A critical review of proposals for linkage through the lens of the Rana Plaza collapse in Bangladesh", *Canadian Journal of Law and Society*, Vol. 33, núm. 2, 2018.
- Kocher, E., "La responsabilidad social de la empresa (RSE): ¿se trata de una escenificación lograda?", en AA.VV., *La responsabilidad social de las empresas en España: concepto, actores, e instrumentos*, Bomarzo, Albacete, 2011.
- Kramer, M., "International Framework Agreements shaped by the countries of negotiation: France and Germany compared", *Journal of Contemporary Development & Management Studies*, Vol. 8, 2020.
- Lai, M., "Innovazione tecnologica e tempi di lavoro tra contrattazione e legge", *Centro Studi CISL*, 2020. <https://www.centrostudi.cisl.it/attachments/article/563/INNOVAZIONE%20TECNOLOGICA%20E%20TEMPI%20DI%20LAVORO%20TRA%20CONTRATTAZIONE%20E%20LEGGE.pdf>
- Miñarro Yanini, M., "La desconexión digital en la práctica negocial: más forma que fondo en la configuración del derecho", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 440, 2019.
- Mustchin, S. y Martínez-Lucio, M., "Transnational Collective Agreements and the development of new spaces for union action: The formal and informal uses of International and European Framework Agreements in the UK: Transnational Collective Agreements in the UK", *British Journal of Industrial Relations*, Vol. 55, núm. 3, 2017.
- Perán Quesada, S., *La responsabilidad social de las empresas en materia de prevención de riesgos laborales*, Comares, Granada, 2010.
- Pirger, A. et alii, "Ergonomics in the product development process at Daimler AG: A holistic approach", en AA.VV. (Bargende, M., Reuss, H. C. y Wiedemann, J., Eds.), *17 Internationales Stuttgarter Symposium. Automobil-und Motorentechnik*, Springer, Wiesbaden, 2017.
- Pringle, J. S., *The role and efficacy of management in influencing the implementation of an occupational health and safety policy: A case study of DaimlerChrysler South Africa East London*, Tesis, Rhodes University, Grahamstown, 2006. https://commons.ru.ac.za/vital/access/manager/Repository/vital:3355?site_name=Rhodes+University&view=null&f0=sm_subject%253A%2522Industrial+safety+---+Management+---+South+Africa%2522&sort=null
- Robson, L. S. et alii, "The effectiveness of occupational health and safety management system interventions: A systematic review", *Safety Science*, Vol. 45, núm. 3, 2007.
- Rockson, K., "How effective are international framework agreements in subsidiary companies of multinational enterprises? A case study of the international framework agreement of Anglogold Ashanti Ghana", *Drumspeak*, Vol. 6, núm. 1, 2023.
- Schömann, I. et alii, *Codes of conduct and international framework agreements. New forms of governance at company level*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Dublín, 2008.
- Sekerler Richiardi, P. y Gem Arbo, M. D., "Multinational enterprises and social protection: A case study of the L'Oréal Share & Care Program", *ILO Research Department Working Paper*, núm. 42, 2019. https://www.ilo.org/global/research/publications/working-papers/WCMS_682670/lang-en/index.htm

TECNOLOGÍA Y PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA TRANSNACIONAL

Soler Arrebola, J. A., "Contenido de los acuerdos marco internacionales: condiciones laborales básicas y prescripciones complementarias", en AA.VV. (Escudero Rodríguez, R., Coord.), *Observatorio de la negociación colectiva: empleo público, igualdad, nuevas tecnologías y globalización*, CC.OO./Cinca, Madrid, 2010.

SYNDEX/ETUC/SUSTAINLABOUR, *Estudio sobre cláusulas sobre seguridad y salud laboral y medio ambiente en los Acuerdos Marco Internacionales*, 2010. https://www.etuc.org/sites/default/files/Global_Report_version_espagnole_finale_1.pdf

Thomson, J. A., "Seeing green through the eyes of national oil companies: A comparison of Gazprom's and Petrobras' environmental sustainability", *Channels*, Vol. 3, núm. 1, 2018.

Zimmer, R., "From International Framework Agreements to transnational collective bargaining", en AA.VV. (Bungenberg, M. et alii, Eds.), *European Yearbook of International Economic Law*, Nueva York, (Springer) 2019

Zucaro, R., "Il diritto alla disconnessione tra interesse collettivo e individuale. Possibili profile di tutela", *Labour & Law Issues*, Vol. 5, núm. 2, 2019.

Anexo I: Acuerdos Marco Internacionales consultado

| EMPRESA | AÑO | ACUERDO |
|---------------|------|---|
| Ability | 2008 | Code of Conduct. 2008 |
| ABN AMRO | 2015 | International Framework Agreement |
| Acciona | 2014 | Acuerdo Marco Acciona la Federación Internacional de Construcción y Madera CCOO de Construcción y Servicios MCA-UGT |
| Aeon | 2014 | Global Framework Agreement AEON CO., LTD. UNI GLOBAL UNION UA ZENSEN FEDERATION OF AEON GROUP WORKERS' UNIONS |
| Air | 2013 | Carta de Derechos Sociales y Ética |
| Aker | 2012 | Agreement between Fellesforbundet / Tekna / Nito / IndustriALL Global Union and Aker ASA on a Global Framework Agreement for the development of good working relations in companies that are part of Aker |
| Allianz | 2011 | Agreement on guidelines concerning work related stress |
| AngloGold | 2002 | Global agreement between AngloGold LTD. (AngloGold) and International Federation of Chemical, Energy, Mine and General Workers' Unions (the ICEM) on: the Promotion and Implementation of Good Human and Industrial Relations in AngloGold Operations Worldwide |
| Antara | 2010 | Global Framework Agreement Labour - Management Agreement on Code of Conduct between Antara, Antara Employees' Union, And UNI Global Union |
| Arcelor | 2005 | Worldwide Agreement on the principles of Arcelor's Corporate Social Responsibility |
| ArcelorMittal | 2009 | Managing and Anticipating Change at ArcelorMittal |
| ArcelorMittal | 2008 | Agreement on Minimum Requirements for Plant Level Joint H&S Committees |
| ArcelorMittal | 2008 | Terms of Reference for a Joint OSH Committee in ArcelorMittal |
| Asos | 2017 | Global Framework Agreement between ASOS.com Limited |
| Auchan | 2017 | Accord Sur la Responsabilite Sociale et Environnemental |
| Barilla | 2017 | European convention on health and safety |
| BESIX | 2017 | International Framework Agreement with BESIX Group |
| BMW | 2005 | Declaración común sobre derechos humanos y condiciones laborales del Grupo BMW |
| BNP Paribas | 2018 | Agreement On Fundamental Rights and Global Social Framework |

TECNOLOGÍA Y PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA TRANSNACIONAL

| | | |
|----------------|------|--|
| Bosch | 2004 | Basic Principles of Social Responsibility at Bosch |
| Brunel | 2007 | International Framework Agreement Brunel and International Metalworkers Federation |
| Chiquita | 2001 | Agreement on Freedom of Association, Minimum Labour Standards and Employment in Latin American Banana Operations |
| Codere | 2013 | Acuerdo mundial entre CODERE y UN/ Global Union para el respeto y la promoción del trabajo digno y los derechos laborales. |
| Daimler | 2012 | Principios de responsabilidad social en Daimler |
| Daimler | 2021 | Principles of Social Responsibility and Human Rights |
| Danone | 2011 | IUF Agreement on health, safety, working conditions and stress |
| Danske Bank | 2008 | Global Framework Agreement on Fundamental Labour rights within Danske Bank Group |
| Dragados | 2014 | Acuerdo Marco entre Dragados, S.A., la Federación Internacional de Construcción y Madera, CCOO de Construcción y Servicios y MCA-UGT, Federación de Industria |
| DS Smith | 2017 | DS Smith Employee Charter |
| EADS | 2005 | Acuerdo Marco Internacional entre la empresa European Aeronautic Defence and Space "EADS NV", |
| EDF | 2018 | Acuerdo Marco Mundial sobre la Responsabilidad Social del Grupo EDF |
| Elanders | 2009 | Global Agreement on the Respect and Promotion of International Labour Standards and Trade Union Rights |
| Electrolux | 2010 | International Framework Agreement between AB Electrolux and employee representatives of IF Metall, Unionen, IMF and the KFD of the AB Electrolux Board of Directors |
| Endesa | 2002 | ICEM Global Agreement with Endesa |
| Enel | 2013 | Global framework Agreement on Social Dialogue Guidelines |
| Eni | 2016 | Global Framework Agreement on International Industrial Relations and Corporate Social Responsibility |
| Esprit | 2018 | Global Framework Agreement |
| Essity | 2018 | Agreement between Essity and IndustriALL GLOBAL UNION/ UNIONEN / Essity Group EWC |
| Etex | 2010 | Health, Safety and Environment on the Workplace Charter |
| Euradius | 2006 | Global Agreement |
| Eurosport | 2012 | Global Agreement on Fundamental Social Rights |
| Faber Castell | 2008 | AGREEMENT between A.W. Faber-Castell Unternehmensverwaltung GmbH & Co, 90546 Stein and Industriegewerkschaft Metall/ Bau- und Holzarbeiter Internationale, BHI |
| FCC | 2012 | Acuerdo Marco entre FCC Construcción, S.A., la Federación Internacional de Construcción y Madera, FECOMA y MCA |
| Ferrovial | 2012 | Acuerdo Marco entre Ferrovial, la Federación Internacional de Construcción y Madera, FECOMA y MCA |
| Ford | 2012 | International Framework Agreement Ford Motor Company and Global IMF / Ford Global Information Sharing Network Agreed upon Social Rights and Social Responsibility Principles |
| Freudenberg | 2000 | Cooperation, Responsibility and Social Dialogue in the Freudenberg Group |
| Gamesa | 2015 | Global agreement on Corporate Social Responsibility |
| GDF Suez | 2010 | Acuerdo Mundial sobre Derechos Fundamentales, Dialogo Social y Desarrollo Sostenible |
| GDF Suez | 2012 | Acuerdo Europeo del Grupo GDF Suez sobre Igualdad en el Trabajo entre Hombres y Mujeres |
| GDF Suez Engie | 2016 | Acuerdo Social Europeo |
| GDF Suez Engie | 2017 | Engie Group's European Agreement on Professional Equality Between Women and Men |
| GEA | 2003 | Códigos de conducta de GEA AG |
| Gehr | 2004 | Principles of Social Responsibility Codes of Conduct Gehr. Roehling KG |

TECNOLOGÍA Y PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA TRANSNACIONAL

| | | |
|---------------------------|------|---|
| General Electric Plastics | 2004 | Agreement on Pre-employment Screening ("Background checks") |
| Generali | 2017 | Joint European Declaration Promoting Teleworking |
| Groupama | 2013 | Joint Declaration relative to Quality of Life at Work |
| H&M | 2015 | Global Framework Agreement (GFA) between H&M Hennes & Mauritz GBC AB and IndustriALL Global Union and Industrifacket Metall on Compliance and Implementation of International Labour Standards at the Suppliers of H&M Hennes & Mauritz GBC AB |
| IKEA | 2008 | Framework Agreement between IKEA and the IFBWW |
| Inditex | 2014 | Acuerdo Marco Global entre Industria de Diseño Textil, S.A. (Inditex, S.A.) e IndustriALL Global Union relativo al Cumplimiento de las Normas Internacionales del Trabajo en la Cadena de Producción y Distribución de Inditex |
| Inditex | 2007 | Acuerdo Marco Internacional entre Industria de Diseño Textil S.A. (Inditex, S.A.) y la International TRADE Garments, Leather and Workers Federation (ITGLWF) sobre Derechos Humanos y Laborales Fundamentales en la "Cadena De Producción" de Inditex. |
| Inditex | 2009 | Acuerdo mundial entre INDITEX (Industria de Diseño Textil, S.A.) y UNI Global Union para el respeto y la promoción del trabajo digno y los derechos laborales. |
| Inditex | 2012 | Protocolo para concretar la participación sindical para el fortalecimiento del Acuerdo Marco Internacional en la Cadena de Producción de INDITEX. |
| Indosat | 2014 | Memorandum of understanding on global framework protocol between INDOSAT and UNI GLOBAL UNION |
| ISS | 2008 | ISS – ACUERDO GLOBAL UNI |
| Italcementi | 2008 | International Framework Agreement to Promote and Protect Worker's Rights |
| ITAÚ | 2014 | Framework Agreement between Banco Itaú-Unibanco S.A. and Union Network International for the Americas |
| Lafarge | 2013 | Agreement on Corporate Social Responsibility and International Industrial Relations Between Lafarge, IFBWW, ICEM & WFBW. |
| Leoni | 2003 | Declaration of Social Rights and Industrial Relationships at Leoni |
| Loomis | 2013 | Global Agreement between Loomis AB (publ) and UNI Global Union and Swedish Transport Worker's Union |
| Lukoil | 2018 | Agreement between IndustriALL Global Union, Russian Professional Oil, Gas And. Construction Workers' Union, International Association of Trade Union Organizations of Open Joint Stock Company "Oil Company "Lukoil" and Open Joint Stock Company "Oil Company "Lukoil" |
| MAN | 2012 | Global Framework Agreement on Human Rights and Working Conditions |
| Mango | 2018 | Acuerdo Global para contribuir a la aplicación de las normas internacionales del trabajo en la cadena de suministros entre MANGO - PUNTO FA, SL y Comisiones Obreras de Industria (CCOO Industria) |
| Mann+Hummel | 2011 | Joint Declaration on Fundamentals of Social Responsibility of the MANN+HUMMEL Group |
| Marazzi | 2001 | Declaration of Intent - Joint Initiatives on Health and Safety |
| Meliá | 2013 | Acuerdo Mundial Global Agreement IUF- UITA / Melia Hotels International, S.A. |
| Michelin | 2014 | Projet D'accord Cadre Europeen de Responsabilite Sociale et de Developpement Durable entre Le Comite D'entreprise Europeen de Michelin et Michelin |
| Nampak | 2006 | Global Agreement on the Respect and Promotion of International Labour Standards between Nampak LTD and Union Network International |
| Norsk Hydro | 2016 | Acuerdo Marco Global entre Norsk Hydro ASA y MF/ICEM Fellesforbundet e IndustriEnergi para el Desarrollo de Buenas Relaciones Laborales en las Operaciones que Norsk Hydro ASA Desarrolla en todo el Mundo. |
| Norske Skog | 2016 | Agreement between Fellesforbundet/IndustriALL Global Union and Norske Skogindustrier ASA on the Development of Good Working Relations in Norske Skogindustrier's Worldwide Operations |
| OHL | 2012 | Acuerdo Marco entre Obrascon Huarte Lain, S.A., la Federación Internacional de Construcción y Madera, FECOMA y MCA |

TECNOLOGÍA Y PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA TRANSNACIONAL

| | | |
|---------------------|------|--|
| Orange | 2014 | Global Health and Safety Agreement |
| OTE | 2001 | Acuerdo Mundial UNI-OTE |
| Pernod Ricard | 2014 | European Agreement on Corporate Social Responsibility (CSR) |
| Petrobras | 2006 | Terms of Understanding of Good Labor Relations |
| Portugal Telecom | 2006 | Código de Conduta de Responsabilidade Social entre o Grupo Portugal Telecom, a UNI (UNION NETWORK INTERNATIONAL), SINTTAV, STPT e SINDETELCO |
| Prym | 2004 | Declaración de los Derechos Sociales y de las Relaciones Industriales en el Consorcio Prym |
| PSA Peugeot Citroën | 2017 | Acuerdo Marco Mundial sobre Responsabilidad Social del Grupo PSA |
| Renault | 2013 | Acuerdo Marco Mundial de Responsabilidad Social, Social Corporativa y Medioambiental entre el Grupo Renault, el Comité de Grupo Renault e IndustriALL Global Union |
| Renault | 2019 | Global Framework Agreement on Developing Life at Work |
| Renault | 2021 | Anexo del Acuerdo Marco Mundial sobre la Evolución de la Vida Laboral de 9 de julio de 2019, en el que se Especifican las Condiciones del Trabajo a Distancia de los Empleados y Empleadas del Grupo Renault |
| Rheinmetall | 2012 | Acuerdo Marco relative a un Sistema de Gestión de la Salud Laboral en el Grupo Empresarial Rheinmetall AG |
| Rhodia | 2011 | Global Corporate Social Responsibility Agreement between Rhodia and ICEM |
| Royal BAM | 2006 | Framework Agreement Signed between Royal BAM Group NV and Building and Woodworkers International (BWI) to Promote and Protect Worker's Rights |
| Saab | 2012 | International Framework Agreement between SAAB AB and Employee Representatives Organisations in Saab AB and IF Metall and Industri All Global |
| Sacyr | 2014 | Acuerdo Marco entre Sacyr, S.A., la Federación Internacional de Construcción y Madera, CC.OO. de Construcción y Servicios, y MCA-UGT |
| Safran | 2017 | Global Framework Agreement on Working Conditions, Corporate Social Responsibility and Sustainable Development |
| Salini Impregilo | 2014 | International Frame Agreement between Salini-Impregilo S.p.A. and BWI, FENEAL UIL, FILCA CISL and FILLEA CGIL |
| Santander | 2008 | Joint Declaration |
| Santander | 2009 | Declaration on Social Rights and Labour Relations in Santander Group |
| Santander | 2014 | Joint Declaration of the European Works Council (EWC) and the Central Management of Santander Group Regarding the Labour Relations Framework for the Provision of Financial Services |
| SCA | 2013 | Agreement between SCA and INDUSTRIALL GLOBAL UNION / PAPPERS / SCA EWC |
| Schwan-Stabilo | 2005 | International Framework Agreement between Schwanhäußer Industrie Holding GmbH & Co KG, 90562 Heroldsberg, Germany and IG Metall, Germany / International Federation of Building and Wood Workers (IFBWW). |
| Securitas | 2012 | Global Agreement Between Securitas AB and UNI Global Union and Swedish Transport Workers' Union |
| Shoptite | 2010 | Global Framework Agreement between Shoptite International LTD and Shoptite Checkers (PTY) Limited ("Shoptite Checkers") and UNI Global Union ("UNI") |
| Siemens | 2007 | Joint Statement between Group Management and Siemens Europe Committee concerning Compliance |
| Siemens | 2012 | International Framework Agreement between Siemens AG, the Central Works Council of Siemens AG, the IG Metall and the IndustriAll Global Union |
| Siemens-Gamesa | 2019 | Global Framework Agreement on Social Responsibility Between the Siemens Gamesa Renewable Energy, the Labour Representatives and IndustriALL Global Union |
| SKF | 2003 | Code of Conduct |

TECNOLOGÍA Y PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA TRANSNACIONAL

| | | |
|------------------|------|--|
| Société Générale | 2015 | Global Agreement on Fundamental Rights |
| Sodexo | 2011 | Compromiso Conjunto Sodexo UITA para la Prevención del Acoso Sexual Anexo al Acuerdo Marco Internacional SODEXO-UITA del 12 de diciembre de 2011 |
| Solvay | 2013 | Global Corporate Social Responsibility Agreement between Solvay and IndustriALL Global Union Version of December 17, 2013 |
| Sodexo | 2015 | "Sodexo – IUF" International Framework Agreement |
| Solvay | 2018 | Global Agreement of March 30th, 2018 on Solvay Global Performance Sharing Plan |
| Staedler | 2006 | International Framework Agreement between STAEDTLER, IG Metall Germany and Building and Woodworkers' International (BWI). |
| Statoil | 2012 | Agreement between Industri Energi/IndustriALL Global Union and Statoil: "The Exchange of Information and the Development of Good Working Practice within Statoil Worldwide Operations" |
| Stora Enso | 2018 | Global Framework Agreement between Stora Enso Oyj, IndustriALL Global Union, UNI Global Union and the Building and Wood Workers' International |
| Takashimaya | 2008 | Global Framework Agreement Labour-Management Agreement on Code of Conduct Between Takashimaya Company Limited, Takashimaya Labour Union, JSD and UNI Global Union |
| Tchibo | 2016 | Global Framework Agreement on the Implementation of International Labour Standards Throughout the Tchibo non Food Supply Chain |
| Telefonica | 2001 | Código de Conducta UNI-TELEFONICA |
| Telefonica | 2007 | Código de Conducta UNI-TELEFONICA |
| Telefonica | 2014 | UNI-Telefónica Acuerdo Global |
| Telkom | 2010 | Global Framework Protocol between Telkom Indonesia and UNI Global Union |
| ThyssenKrupp | 2015 | Acuerdo Marco Internacional entre ThyssenKrupp AG, el Comité de Empresa del Grupo ThyssenKrupp AG, IG Metall e IndustriALL Global Union |
| TK Elevator | 2020 | Global Framework Agreement between TK Elevator GmbH TK Elevator Group Works Council IG Metall and IndustriALL Global Union |
| Total | 2015 | Corporate Social Responsibility Total Global Agreement |
| Umicore | 2015 | Global Framework Agreement on Sustainable Development |
| Umicore | 2019 | Global Framework Agreement on Sustainable Development |
| Unicredit | 2018 | Joint Declaration on "Work-Life Balance" |
| Unilever | 2016 | IUF- IndustriAll-Unilever Joint Commitment to Preventing Sexual Harassment |
| Valeo | 2012 | Agreement on Social Responsibility |
| Vallourec | 2008 | Principles of Responsibility applicable within the Vallourec Group |
| Veidekke | 2016 | Agreement between Fellesforbundet, Norsk Arbeidsmandsforbund, BWI and Veidekke ASA in Developing Decent Working Conditions in Veidekke ASAs Global Operations |
| Vinci | 2017 | Framework Agreement Between QDVC – VINCI – BWI |
| VolkerWessels | 2007 | Signed between Royal Volker Wessels Stevin NV (VolkerWessels) and the Building and Wood Workers International (BWI) to Promote and Protect Worker's Rights |
| Volkswagen | 2012 | Carta del Trabajo Temporal en el Grupo Volkswagen |
| WAZ | 2007 | Framework Agreement between Westdeutsche Allgemeine Zeitung Mediengruppe (WAZ) and International Federation of Journalists/European Federation of Journalists (IFJ/EFJ) on the Defence and the Promotion of Press Freedom, Quality Journalism and Sound Industry |
| Wilkhahn | 2009 | International Framework Agreement on Social Responsibility and Promotion of Employees' Rights |

LA PROTECCIÓN SOCIAL A TRAVÉS DE LA “REFORMA” DE LOS SUBSIDIOS DE DESEMPLEO PARA UNA TRANSICIÓN JUSTA CLIMÁTICA*

SOCIAL PROTECTION THROUGH THE “REFORM” OF UNEMPLOYMENT BENEFITS
FOR A JUST CLIMATE TRANSITION

Henar Álvarez Cuesta

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de León

halvc@unileon.es ORCID [0000-0003-0957-1515](https://orcid.org/0000-0003-0957-1515)

Recepción de trabajo: 08-01-2024 - Aceptación: 16-02-2024 - Publicado: 22-03-2024

Páginas: 43-72

- 1. INTRODUCCIÓN: LOS EFECTOS DEL CAMBIO CLIMÁTICO EN EL MUNDO LABORAL.
- 2. LA TRADICIONAL CARACTERIZACIÓN DE LOS SUBSIDIOS POR DESEMPLEO ASISTENCIAL.
- 3. ACCIÓN PROTECTORA DE LOS SUBSIDIOS DE DESEMPLEO.
- 4. LOS SUBSIDIOS POR DESEMPLEO “COMUNES”: EL SUBSIDIO POR AGOTAMIENTO Y EL “CONTRIBUTIVO”.
- 5. REQUISITOS COMUNES PARA ACCEDER A LOS SUBSIDIOS.
- 6. EL RENOVADO SUBSIDIO DE “PREJUBILACIÓN”.
- 7. LOS SUBSIDIOS QUE HUBIERAN DESAPARECIDO.
- 8. NACIMIENTO Y PRÓRROGA DE LOS SUBSIDIOS: LA ORIENTACIÓN HACIA EL TRABAJO.
- 9. LA DISTINTA DURACIÓN DE LOS SUBSIDIOS POR DESEMPLEO.
- 10. LA MENGUANTE CUANTÍA DE LOS SUBSIDIOS POR DESEMPLEO.
- 11. COMPATIBILIDAD E INCOMPATIBILIDAD: LA APUESTA POR LA ACTIVACIÓN PARA EL EMPLEO.
- 12. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

* Investigación realizada en el marco del Proyecto de investigación “Hacia una transición ecológica justa: los empleos verdes como estrategia frente a la despoblación” (TED 2021-129526B-I00), financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033 y por la Unión Europea “NextGenerationEU”/PRTR”.

RESUMEN

La reforma llevada a cabo por el no convalidado RD-Ley 7/2023 en los subsidios por desempleo tiene como objetivos los siguientes: simplificar su percepción, extender su ámbito subjetivo de personas beneficiarias y, al tiempo, pretende impulsar una activación para el empleo más intensa de las personas subsidiadas a través de la compatibilidad entre trabajo y prestación. A la luz de los cambios mencionados, se trata de comprobar si la reducción del puzle del subsidio por desempleo sirve para proteger realmente a quien más necesita una red de supervivencia frente a las consecuencias de las medidas de adaptación o mitigación frente al cambio climático y si se cumplen los requisitos que una transición justa frente al cambio climático precisa, esto es, la formación y recualificación de las personas trabajadoras dentro de la economía verde o circular y la protección de las personas que han perdido su puesto de trabajo o ven impedida su actividad productiva.

PALABRAS CLAVE: desempleo, subsidio, reforma legal, cambio climático.

ABSTRACT

The recent reform carried out by repealed RD-Law 7/2023 on unemployment benefits has the following objectives: to simplify its perception, to extend its subjective scope of beneficiaries and, at the same time, to promote a more intense activation for employment of beneficiaries through the compatibility between work and benefit. In the light of the above-mentioned changes, the aim is to check whether the reduction of the unemployment benefit puzzle really serves to protect those who most need a safety net against the consequences of climate change adaptation or mitigation measures and whether it fulfils the requirements of a just transition to climate change, i.e. the training and retraining of workers in the green or circular economy and the protection of people who have lost their jobs or whose productive activity is prevented.

KEYWORDS: unemployment, benefit, legal reform, climate change.

1. INTRODUCCIÓN: LOS EFECTOS DEL CAMBIO CLIMÁTICO EN EL MUNDO LABORAL

Parece ya un lugar común señalar como uno de los retos a afrontar (cada vez más necesitado de atención y más postergado): el cambio climático. Esta crisis va a provocar (está provocando) también una crisis social¹ en todo el mundo y a todos los niveles, incluido el laboral. Sin embargo, como suele suceder, su repercusión es mayor en los países más pobres y en los colectivos más vulnerables como consecuencia directa de la propia pobreza². Al mismo tiempo, los empleos más afectados (como en casi todas las crisis) van a ser aquellos con salarios más bajos y condiciones laborales más precarias³. En concreto en España, "la región mediterránea como una de las áreas del planeta más vulnerables frente al cambio climático", por su situación geográfica y sus características socioeconómicas, "se enfrenta a importantes riesgos derivados del cambio climático que inciden directa o indirectamente sobre un amplísimo conjunto de sectores económicos y sobre todos los sistemas ecológicos españoles, acelerando el deterioro de recursos esenciales para nuestro bienestar como el agua, el suelo fértil o la biodiversidad y amenazando la calidad de vida y la salud de las personas" (Preámbulo de la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética).

Pero no solo es preciso afrontar las consecuencias de los cambios climáticos en los distintos sectores productivos, también resulta necesario tener en cuenta el impacto de las distintas normas aprobadas a nivel europeo y español destinadas a frenar esta crisis ecosocial (el Reglamento 2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 2021, por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifican los Reglamentos 401/2009 y 2018/1999 y la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética y el Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático 2021-2030), la cual forzará a todos los sectores de actividad a adaptar sus modos de producción; y estos cambios tendrán su reflejo en el mercado laboral.

Cierto es que las estimaciones son halagüeñas en volumen de empleo neto: se destruirán puestos, pero se compensará con la creación de otros nuevos⁴ (de nuevo surge la comparación con el impacto de la robotización⁵). No obstante, las cifras no pueden ocultar que un número alto de personas trabajadoras perderán su empleo y tendrán serias dificultades para conseguir otra ocupación; y dicha situación se verá exacerbada dependiendo de la edad, formación, género y territorio en el que

1 Monereo Pérez, J.L. y Rivas Vallejo, P., *Prevención de riesgos laborales y medio ambiente*, Comares, Granada, 2008, pág. 34.

2 Rosemberg, A., "Llevar a cabo una transición justa. Las conexiones entre el cambio climático y el empleo, y propuestas para futuras investigaciones", *Boletín Internacional de Investigación Sindical*, núm. 2, vol. 2, 2010, pág. 147.

3 Álvarez Cuesta, H., *La protección frente a la pobreza*, Bomarzo, Albacete, 2023, págs. 15 y ss.

4 OIT, *Competencias profesionales para un futuro más ecológico: Conclusiones principales*, OIT, Ginebra, 2019, pág. 9.

5 Al respecto, Rodríguez Fernández, M^a L., *Humanos y robots: empleo y condiciones de trabajo en la era tecnológica*, Bomarzo, Albacete, 2020.

residan⁶. Dentro de los distintos colectivos afectados, conviene fijar la atención en los más vulnerables, que comprenden, en una lista abierta, a los hogares encabezados por mujeres, los grupos más jóvenes hasta los 29 años, los desempleados de larga duración, las personas analfabetas o con un nivel bajo de estudios o los emigrantes, a los cuales se suman los trabajadores precarios, "que entran y salen periódicamente del mercado de trabajo, accediendo o no según las circunstancias a la correspondiente protección dispensada por la Seguridad Social" y quienes participan de forma marginal en el mercado de trabajo y no han accedido tampoco a la protección dispensada por el Sistema⁷.

Ante los potenciales y reales efectos apuntados es insoslayable apostar por una transición equitativa hacia economías verdes, la cual "exige integrar los objetivos climáticos con políticas sociales y económicas destinadas a reducir la vulnerabilidad, apoyar a los afectados por el cambio climático y crear empleos dignos"⁸. Estas medidas a diseñar han de perseguir la "cohesión económica, social y territorial de las transiciones, prestando especial atención a las regiones más desfavorecidas, a las zonas afectadas por la transición industrial (principalmente las regiones mineras y las zonas dependientes de industrias con altas emisiones de carbono, como la producción de acero), a las zonas escasamente pobladas y a los territorios vulnerables desde el punto de vista medioambiental"⁹.

En concreto, han de procurar, de un lado, crear políticas de reactivación diseñadas atendiendo a las características propias de cada sector, grupo y territorio¹⁰ y anticiparse a las nuevas necesidades productivas de una economía baja en consumo de energías fósiles, desarrollando competencias adaptadas a las nuevas necesidades productivas (según estima la OIT "hará falta una inversión masiva en formación para que los trabajadores adquieran las competencias profesionales que se exigirán a quienes ocupen alrededor de 20 millones de nuevos empleos"¹¹) y, de otro, proporcionar oportuna protección social a quienes han perdido su puesto y/o no han podido acceder a los nuevos creados¹², en particular a los colectivos antes enumerados.

La siguiente pregunta sería, entonces, si el Sistema de Seguridad Social está ofreciendo una adecuada red de protección a las personas más afectadas por el cambio climático, esto es, las más invisibles y precarizadas en el mundo laboral. Si la respuesta se busca en la prestación por desempleo, la misma dista de ser "razonable y justa"; a pesar de todos los esfuerzos, se aprecia una insatisfactoria

6 Álvarez Cuesta, H., *La protección frente a la pobreza*, cit., págs. 15 y ss.

7 Moreno Gené, J., "Naturaleza jurídica de la renta activa de inserción: nueva oportunidad de clarificación a propósito del acceso al subsidio especial de prejubilación", *Iuslabor*, núm. 2, 2020, pág. 107.

8 ONU, *World social report 2020 inequality in a rapidly changing world*, 2021, págs. 88 y ss.

9 Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de enero de 2020, sobre el Pacto Verde Europeo (2019/2956(RSP)).

10 Stephenson, S., "Jobs, Justice, Climate: Conflicting State Obligations in the International Human Rights and Climate Change Regimes", *Ottawa Law Review*, Vol. 42, núm. 1, 2010, pág. 11.

11 OIT, *Competencias profesionales para un futuro más ecológico: Conclusiones principales*, cit., pág. 9.

12 OIT, *Work in a changing climate, The Green Initiative*, OIT, Ginebra, 2017, pág. 13 y *Sostenibilidad medioambiental con empleo, Perspectivas sociales y del empleo en el mundo 2018*, OIT, Ginebra, 2018, págs. 41 y ss.

protección (insuficiente e ineficaz)¹³; que "reproduce las propias desigualdades y exclusiones del mercado de trabajo" y no sirve para "evitar la pobreza sino para discriminar a determinados colectivos en situación de necesidad o incorporarlos al mercado de trabajo de manera irregular"¹⁴.

Por tal razón, al final, se acaba recurriendo a la protección asistencial de desempleo ("la única solución radica en refugiarse en el ámbito asistencial que le sitúa automáticamente en zonas límites de pobreza objetiva"¹⁵), como destino secundario ante grandes períodos prolongados de desempleo (o con trabajos sumergidos) o intermitencias en la prestación laboral, cada vez más causados por las consecuencias del cambio climático o las medidas destinadas para luchar contra él.

Precisamente en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia¹⁶, que tiene como objetivo declarado lograr una recuperación que mitigue el impacto social de la crisis y sienta las bases de un modelo de crecimiento más inclusivo en España, dentro de la Palanca VIII "Nueva economía de los cuidados y políticas de empleo", destaca el Componente 23 Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo, Este Plan se sustenta en cuatro pilares que vertebrarán la transformación del conjunto de la economía española. Dentro de las reformas e inversiones propuestas en este componente se incluye la Reforma 10, "Simplificación y mejora del nivel asistencial de desempleo", que tiene como propósito simplificar el funcionamiento del sistema y adecuar sus objetivos para dar más claridad, seguridad jurídica y facilitar la gestión, en especial respecto de los colectivos con mayor grado de vulnerabilidad y peores condiciones de empleabilidad.

Las siguientes líneas están destinadas a analizar si las últimas (y derogadas por ahora) reformas acaecidas en este nivel de protección sirven para reducir el puzzle de las prestaciones asistenciales de desempleo y para proteger realmente a quien más necesita una red de supervivencia frente a las consecuencias de las medidas de adaptación o mitigación frente al cambio climático.

2. LA TRADICIONAL CARACTERIZACIÓN DE LOS SUBSIDIOS POR DESEMPLEO ASISTENCIAL

La LGSS ha articulado dos niveles de protección por desempleo, un nivel contributivo y un nivel asistencial, prolongación del primero¹⁷, ambos de carácter público y obligatorio (art. 263.1 LGSS), este

13 Monereo Pérez, J.L., "El sistema español de protección por desempleo: eficacia, equidad y nuevos enfoques", en AA.VV.: *La protección por desempleo en España*, Laborum, Murcia, 2015, pág. 190.

14 López Insua, B.M., *La protección social de las personas inmigrantes: un modelo garantista*, Atelier, Barcelona, 2020, pág. 75.

15 Monereo Pérez, J.L., "El sistema español de protección por desempleo: eficacia, equidad y nuevos enfoques", cit., pág. 194.

16 16 de junio de 2021, https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/160621-Plan_Recuperacion_Transformacion_Resiliencia.pdf.

17 Cavas Martínez, F., "Capítulo IX.- Desempleo", en AA.VV., *Contingencias y prestaciones de Seguridad Social en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Reus, Madrid, 2021, pág. 391.

último, complementario del anterior, garantiza la protección a las personas desempleadas que se encuentren en alguno de los supuestos regulados en el art. 274 LGSS (art. 263.3 LGSS).

La sencillez de la explicación anterior no debe suponer una simplificación de un modelo legal que ha sido calificado como complejo, selectivo, supletorio, inarticulado, híbrido, multinivel, inestabilidad permanente y reformado sucesivamente a semejanza de una prestación "frankenstein"¹⁸, la última de ellas en diciembre de 2023 por el RD-Ley 7/2023, de 19 de diciembre, por el que se adoptan medidas urgentes, para completar la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, y para la simplificación y mejora del nivel asistencial de la protección por desempleo, que, como su propio título indica, trata de simplificar, actualizar y extender la protección dispensada, y que entrará en vigor, al menos en su mayor parte, el 1 de junio de 2024. Sin embargo, la pretendida reforma no ha visto la luz al no verse convalidado el mencionado RD-Ley 7/2023 de conformidad con la Resolución de 10 de enero de 2024, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de derogación del Real Decreto-ley 7/2023, de 19 de diciembre, por el que se adoptan medidas urgentes, para completar la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, y para la simplificación y mejora del nivel asistencial de la protección por desempleo.

Esta derogación no empecé, sin embargo, el examen detallado de las medidas que pretendía introducir por dos motivos fundamentales: en primer lugar, porque se ha seguido trabajando en la modificación del RD-Ley en aquellos aspectos que a continuación se describen como más conflictivos en aras a su formulación como ley en un futuro próximo; y en segundo término, porque el estudio en profundidad de las medidas que contenía ofrecen una muestra de lo que pudo ser y, por ahora, no fue y cuáles podrían ser los beneficios o perjuicios de dichas previsiones.

En primer lugar, ciertamente resulta "complejo", dado que existe en efecto una articulación formal entre un sistema contributivo y un ámbito asistencial imperfecto que, en "algunos casos aparece como una prolongación y extensión del nivel contributivo y en otros, los menos, adquiere los rasgos típicos de un nivel asistencial puro o estricto"¹⁹, y precisamente la reforma de 2023 contribuye a la desaparición de estas últimas.

También cabe calificarlo como "selectivo de las situaciones de necesidad"²⁰ y "supletorio" de las carencias del contributivo, "para alargar o ampliar la cobertura de la Seguridad Social de quienes,

18 Álvarez Cuesta, H., "Los subsidios y rentas asistenciales no contributivas de desempleo", en AA.VV., *Seguridad Social para todas las personas*, Laborum, Murcia, 2021, págs. 492 y ss.

19 Monereo Pérez, J.L., "El sistema español de protección por desempleo: eficacia, equidad y nuevos enfoques", cit., pág. 196.

20 Goñi Sein, J.L., "Art. 215. Beneficiarios del subsidio por desempleo", en AA.VV., *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999, pág. 1790.

bien han agotado la prestación contributiva, bien no reúnen el periodo mínimo de carencia para obtenerla"²¹. Precisamente ante las incertidumbres generadas por las transiciones (digital y, por cuanto aquí importa, climática), parece preciso apuntalar este nivel de protección para que atienda a quienes se han visto expulsados durante un dilatado período del mercado laboral sin hacerles pasar por un filtro de prestaciones particularizadas o bien han visto cómo su carrera laboral es demasiado intermitente.

Su naturaleza es "híbrida"²², según jurisprudencia consolidada: "entre asistencial y contributiva que rebasa ampliamente los límites de una mera asistencia social. El carácter contributivo del mismo aparece sobre todo en la exigencia de que el interesado ha de tener cubierto un número de años de cotización previa, entre otros requisitos. Por otro lado, la particular prestación de que tratamos tiene también un significado de prejubilación, puesto que permite a quien pierde su trabajo a una edad avanzada y no encuentra un nuevo empleo, recibir una protección básica y de niveles reducidos pero que le garantiza la cobertura de período de tiempo que le falte hasta alcanzar la edad en que le pueda ser reconocida la pertinente pensión de jubilación"²³.

Como corolario, el sistema en su conjunto y especialmente los niveles segundo y tercero ha sido objeto de "múltiples y sucesivas reformas" a modo de aluvión (por señalar las más relevantes, RD-Ley 3/1989; Ley 22/1992; Ley 66/1997; Ley 22/1998; RD-Ley 16/2001; Ley 45/2002; Ley 22/2003; RD-Ley 3/2004; RD-Ley 5/2006; Ley 42/2006; Ley 43/2006; LO 3/2007; Ley 35/2010; Ley 28/2011; RD-Ley 3/2012; Ley 3/2012; RD-Ley 20/2012; Ley 11/2013; RD-Ley 5/2013; RD-Ley 11/2013; Ley 1/2014; RD-Legislativo 8/2015; RD-Ley 8/2019, hasta la última realizada por el RD-Ley 7/2023).

La única constante perdurable ha sido el cambio y la inestabilidad como seña de identidad, a la espera de poder imprimir un rumbo uniforme y adaptado a las diferentes circunstancias²⁴, en el caso presente, las transiciones climática y tecnológica, hasta el punto que ha llegado a apreciarse "una extrema desigualdad en la cobertura, atendiendo a diversos factores, en especial la edad, el sexo y el territorio, criterios sobre los que se articula unos profundos desequilibrios en esta rama de protección, a su vez reflejo de las desigualdades y brechas de diferente tipo en el mercado de trabajo español"²⁵.

Precisamente la última reforma "operada" en los subsidios trata de cumplir los objetivos de la mencionada Reforma 10 que se concretan en: "la simplificación de la regulación para permitir una

21 Vida Soria, J. et al., *Manual de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 2012, pág. 487.

22 Blázquez Agudo, E., *Protección por desempleo. Los distintos niveles complementarios y sucesivos*, Juruá, Lisboa, 2016, pág. 97.

23 SSTs 29 diciembre 1992 (Rec. 1567/1991), 23 junio 1993 (Rec. 1711/1992), 23 diciembre 1994 (Rec. 1732/1994), 12 diciembre 2000 (Rec. 991/1999), 13 mayo 2008 (Rec. 901/2007), 28 octubre 2009 (Rec. 3354/2008).

24 Mercader Uguina, J.R., "Reformas" y "contrarreformas" en el sistema de protección por desempleo. La Ley 45/2002, de 12 de diciembre, como telón de fondo", *Temas Laborales*, núm. 66, 2002, pág. 155.

25 Molina Navarrete, C., "La reforma de los subsidios asistenciales de desempleo: Cal (mejoras sociales) y Arena (lógica económica del riesgo moral)", *Diario LA LEY*, núm. 10413, 26 de diciembre de 2023.

mayor flexibilidad en el acceso y una minoración de las cargas administrativas de manera que se facilite al ciudadano y a las empresas el conocimiento del mismo y la tramitación de las prestaciones, y se permita que el Servicio Público de Empleo Estatal implemente una mayor automatización de los subsidios de forma similar al de las prestaciones contributivas; la vinculación de esta protección con el acuerdo de actividad de forma que se incorpore a los beneficiarios, que ya son personas en situación de desempleo de larga duración, de forma prioritaria en programas y acciones que posibiliten su reinserción; el acceso garantizado a los servicios de la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo a las personas beneficiarias del nivel asistencial de la protección por desempleo; la constitución de esta prestación complementaria como mecanismo de transición hacia la protección social, cuando la persona beneficiaria no se reincorpore al mercado laboral y se encuentre en situación de vulnerabilidad; la prevención de los riesgos de conflicto competencial con las comunidades autónomas, ya que, al regularse dentro de la LGSS, se trataría de una prestación de Seguridad Social vinculada a la existencia de unas cotizaciones previas... Estas reformas, en suma, vienen a favorecer de manera transversal el objetivo de un mercado de trabajo inclusivo y resiliente y responden con coherencia a las políticas públicas para hacer el mercado más dinámico y con capacidad de respuesta para hacer frente a desafíos como el reto demográfico y las transiciones verde y digital" (Preámbulo del RD-Ley 7/2023, de 19 de diciembre).

Además, también pretende una activación para el empleo más intensa de las personas subsidiadas mediante la inclusión de reglas de compatibilidad del subsidio con un salario o de un llamado "complemento de apoyo" y el reforzamiento del control disciplinario de las personas beneficiarias, para lo cual reforma el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones²⁶. Al tiempo, ha tratado de simplificar y ampliar el ámbito subjetivo de las personas perceptoras de los subsidios de desempleo tal y como se analizará a continuación.

3. ACCIÓN PROTECTORA DE LOS SUBSIDIOS DE DESEMPLEO

La acción protectora de los subsidios asistenciales comprende, de seguir el art. 265 LGSS (que no ha sido reformado), las siguientes prestaciones:

- Subsidio por desempleo, es decir, el pago de una cantidad económica que, por la cuantía, está destinada a sufragar las necesidades más esenciales. Esta cuantía ha sido modificada tanto en su concreta cantidad como en los tramos de su percepción, tal y como se analizará en el apartado correspondiente.
- La entidad gestora cotizará por la contingencia de jubilación durante la percepción del subsidio por desempleo para trabajadores mayores de cincuenta y dos años. Estas cotizaciones tendrán

26 Molina Navarrete, C., "La reforma de los subsidios asistenciales de desempleo: Cal (mejoras sociales) y Arena (lógica económica del riesgo moral)", cit.

efecto para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación y porcentaje aplicable a aquella en cualquiera de sus modalidades, así como para completar el tiempo necesario para el acceso a la jubilación anticipada. En ningún caso dichas cotizaciones tendrán validez y eficacia jurídica para acreditar el período mínimo de cotización exigido para lucrar la pensión de jubilación, el cual ha debido quedar acreditado en la fecha de solicitud del subsidio para mayores de 52 años.

El RD-Ley 7/2023 ha disminuido el porcentaje; así, a efectos de determinar la cotización se tomará como base de cotización el 100 por cien de la base mínima de cotización en el Régimen General de la Seguridad Social, vigente en cada momento y, en caso de percibir el complemento de apoyo al empleo, la base por la que deberá cotizarse se reducirá en proporción a la jornada trabajada. Esta cotización destinada a la jubilación podrá extenderse a otros colectivos de trabajadores (art. 280.9 LGSS). La disposición transitoria 3ª del RD-Ley 7/2023 establece dos regímenes transitorios de cotización en este caso: de un lado, subsidios nacidos antes del 1 de junio de 2024, que cotizarán siempre por el 125% de la base de cotización mínima; y de otro, los lucrados a partir de tal fecha, que cotizarán por el 100% de la base de cotización mínima a partir del año 2028, con un periodo transitorio decreciente desde el 125% hasta el 105% en 2027²⁷. La cuestión está en determinar si el ahorro en cotizaciones hubiera redundado en un elevado gasto en complementos por mínimos de las futuras pensiones²⁸.

- El “reformado” art. 282.3 diseñaba un complemento de apoyo al empleo destinado a quienes accedan al subsidio por desempleo manteniendo uno o varios contratos a tiempo parcial, así como quienes siendo beneficiarios del subsidio por desempleo o del subsidio de mayores de 52 años se reincorporen al mercado laboral, ya sea porque pasen a estar contratados a tiempo completo o a tiempo parcial. En tales casos, el subsidio se convertirá en este complemento de apoyo al empleo de conformidad con la cuantía indicada en el precepto.
- Derecho a las prestaciones de asistencia sanitaria y, en su caso, a las prestaciones familiares, en las mismas condiciones que los trabajadores incluidos en algún régimen de Seguridad Social.
- Acciones específicas de formación, perfeccionamiento, orientación, reconversión e inserción profesional en favor de los trabajadores desempleados y aquellas otras que tengan por objeto el fomento del empleo estable (art. 265.2 LGSS). Estos mecanismos unen las dos medidas que favorecen el concepto de transición justa ambiental: la recualificación hacia un empleo medioambientalmente sostenible y la protección social y se unen al impulso que se ha tratado de dar a la activación para el empleo, merced a la mencionada compatibilidad y con el fin de evitar la falsa disyuntiva entre trabajo o subsidio.

27 Arenas, M.: “Comentario de urgencia a la reforma en materia de desempleo del RDLey 7/2023”, en <https://miguelonarenas.blogspot.com/2023/12/comentario-de-urgencia-la-reforma-en.html> (26 de diciembre de 2023).

28 Tortuero Plaza, J.L.: “La reforma del desempleo asistencial y las conclusiones del XXXIII Congreso de la AEDTSS”, *Brief AEDTSS*, núm. 77, 2024.

4. LOS SUBSIDIOS POR DESEMPLEO "COMUNES": EL SUBSIDIO POR AGOTAMIENTO Y EL "CONTRIBUTIVO"

El art. 264 LGSS, no modificado por el RD-Ley 7/2023, enumera las personas protegidas sin distinción entre prestación contributiva o asistencial, debido a que, en la mayor parte de los casos, aquella es el pórtico de entrada para acceder a la analizada, sin olvidar la puerta abierta a la incorporación de otros colectivos dejada en manos del Gobierno (art. 264.3 LGSS).

Sin embargo, el art. 274 LGSS, que enumera con mayor detalle los requisitos de acceso, sí había sido reformado en orden a facilitar el acceso a la protección dispensada. De este modo, se ampliaba el ámbito de cobertura de los subsidios hasta tal punto que se estima un incremento en torno al 40%, proporcionando un decidido impulso al carácter asistencial del desempleo²⁹.

Así, este precepto configuraba dos tipos de subsidios por desempleo, cuyos requisitos comunes son la carencia de rentas y no tener derecho a una prestación contributiva por desempleo.

Estos dos tipos "generales" de subsidio eran los siguientes:

a. Subsidio por agotamiento de una prestación por desempleo

La genérica referencia al agotamiento de una previa prestación requiere de dos reflexiones, de un lado, y siguiendo la doctrina anterior a la reforma de 2023, parece exigir que haya finalizado única y exclusivamente por el transcurso del tiempo máximo a que tuviera derecho y no por sanción, por ejemplo; ni tampoco cuando su abono se hace en la modalidad de pago único³⁰. Esta última objeción acaba lastrando las iniciativas emprendedoras, al sumar un obstáculo más y una red de protección menos.

De otro, la prestación agotada puede ser contributiva, pero también los Tribunales han venido considerando cómo "el acceso... puede venir dado desde el agotamiento de cualquiera de las prestaciones que configuran el sistema de Seguridad Social, en materia de protección por desempleo, como es la renta activa de inserción (si bien su desaparición hará superflua tal posibilidad) y no solo de las prestaciones contributivas o asistenciales reguladas en la LGSS"³¹.

Desaparecían así los límites de edad, ampliándose a las personas más jóvenes y uno de los grupos considerados más vulnerables a las medidas derivadas del cambio climático, aun cuando subsiste

²⁹ Molina Navarrete, C., "La reforma de los subsidios asistenciales de desempleo: Cal (mejoras sociales) y Arena (lógica económica del riesgo moral)", cit.

³⁰ Luján Alcaraz, J., "Art. 215. Beneficiarios del subsidio por desempleo", en AA.VV.: *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2003, pág. 1137.

³¹ STS 16 diciembre 2020 (Rec. 3061/2018).

una submodalidad: en caso de ser menor de cuarenta y cinco años sin responsabilidades familiares se exigirá, además, que la prestación por desempleo agotada haya tenido una duración igual o superior a 360 días. Las estimaciones del Ministerio de Trabajo es que en esta situación se encuentren en torno a 150.000 personas³².

Por responsabilidades familiares, el art. 275.3 LGSS definía el concepto de unidad familiar como aquella la compuesta por la persona solicitante o beneficiaria, su cónyuge y los hijos e hijas menores de veintiséis años, o mayores con discapacidad, o menores acogidos y acogidas o en guarda con fines de adopción o acogimiento, que convivan o dependan económicamente de la persona solicitante o beneficiaria. Asimismo, y como novedad incluye dentro de la misma a las personas en guarda con fines de adopción y a la pareja de hecho³³ que conviva con la persona solicitante o beneficiaria con independencia de la acreditación de hijos o hijas en común. De este modo, la LGSS acogía tímidamente "nuevos" modelos de familia, pero seguían sin entrar en el cómputo otros familiares³⁴, lo cual conlleva tanto un excesivo efecto expulsivo³⁵, como cierra los ojos a la realidad en sus múltiples conformaciones del término "familia" a diferencia del ingreso mínimo vital³⁶.

La exigencia de la "carga" se interpreta en términos de asistencia y no de convivencia³⁷, así, aun cuando no se conviva con ellos (en el caso, el beneficiario está en prisión) sí se considera que los tiene a su cargo³⁸ si precisan su ayuda (art. 18.3 RD 625/1985).

Es posible admitir la existencia de una misma unidad familiar de más de un subsidio por responsabilidades familiares, pero no alegar las mismas cargas familiares por más de un miembro de la unidad para la obtención del subsidio (art. 18.4 RD 625/1985)³⁹.

En cuanto a la dependencia económica de la unidad familiar, ha de ser acreditarse en la fecha de la solicitud del alta inicial o de las prórrogas o reanudaciones del subsidio que la suma de las rentas obtenidas durante el mes natural anterior a dichas fechas por el conjunto de la unidad familiar, incluida la persona solicitante o beneficiaria, dividida entre el número de miembros que la componen, no supere

32 Molina Navarrete, C., "La reforma de los subsidios asistenciales de desempleo: Cal (mejoras sociales) y Arena (lógica económica del riesgo moral)", cit.

33 Se considerará pareja de hecho la constituida con análoga relación de afectividad a la conyugal con al menos de un año de antelación, no requiriéndose este requisito en el caso de que existan hijos o hijas en común (art. 275.3 LGSS).

34 STS 17 octubre 2018 (Rec. 3600/2016).

35 Monereo Pérez, J.L., *El sistema de protección por desempleo en España*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997, pág. 132.

36 Al respecto, Álvarez Cuesta, H., "El ingreso mínimo vital en la encrucijada", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 9, núm. 2, 2021, págs. 243 y ss.

37 STS 11 abril 2000 (Rec. 2770/1999).

38 STS 10 diciembre 2012 (Rec. 4389/2011).

39 Garrido Pérez, E., "Art. 215. Beneficiarios del subsidio por desempleo", en AA.VV., *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, 2003, pág. 1384.

el 75 por ciento del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias (art. 275.2 LGSS). A la vista del precepto, cabe valorar positivamente la forma de computar la dependencia económica y la carencia de rentas, ahora directamente realizado el cálculo en cómputo de unidad familiar, incluida la persona beneficiaria (ingresos/número de personas), y abandonado el doble umbral de carencia (primero persona solicitante y luego el resto de la unidad familiar)⁴⁰.

Al final, en el nivel asistencial las responsabilidades familiares actúan de dos maneras, bien para mejorar la cobertura del subsidio, bien para tener derecho al mismo en caso de los menores de 45 años.

De conformidad con lo indicado, los menores de 45 años con responsabilidades familiares hubieran accedido al subsidio (al igual que sucedía con la regulación anterior) y los que no alcancen tal edad y tampoco tengan responsabilidades familiares hubieran accedido al subsidio si han trabajado por cuenta ajena al menos 1080 días (al menos 3 años), generado la prestación contributiva correspondiente de al menos un año y la han agotado por no haber podido incorporarse de nuevo al mercado laboral. A través de esta vía se hubiera ampliado el ámbito subjetivo de los subsidios, protegiendo a quienes han trabajado, han perdido su empleo y no han podido encontrar otro empleo, situación habitual en ciertos territorios y en ciertos sectores a resultas de las estrategias de adaptación o mitigación frente al cambio climático.

b. Subsidio “contributivo”

Este tipo exige encontrarse en situación legal de desempleo (por tanto, procedería incorporar en este subsidio toda la elaboración judicial y doctrinal sobre esta condición de acceso a la prestación contributiva), sin tener cubierto el periodo mínimo de cotización para tener derecho a la prestación contributiva, siempre que hayan cotizado al menos tres meses. A continuación, establecía una regla de compatibilidad “podrán acceder a estos subsidios quienes mantengan uno o varios contratos a tiempo parcial, siempre que la suma de las jornadas trabajadas en dichos contratos sea inferior a una jornada completa y cumplan el resto de los requisitos”.

La percepción del mismo, como sucedía con la regulación anterior, impedía utilizar las cotizaciones para lucrar una prestación contributiva, forzando a la persona beneficiaria a un cálculo de posibilidades (encontrar un nuevo empleo para optar a una prestación contributiva a la que se sumaría, en su caso, una posterior asistencial) o bien solicitar esta y “perder” el tiempo trabajado para una futura prestación. En el fondo, este subsidio es uno de los directamente vinculados con la configuración actual del mercado laboral (hipertemporal y parcial) y hubiera sido (es) muy utilizado en ese círculo vicioso de trabajo precario y desempleo; al que se incorpora como red de seguridad la posibilidad de su compatibilidad con un trabajo, para evitar la falsa disyuntiva —ya advertida— entre trabajo y subsidio.

⁴⁰ Arenas, M., “Comentario de urgencia a la reforma en materia de desempleo del RDLey 7/2023”, en <https://miguelonarenas.blogspot.com/2023/12/comentario-de-urgencia-la-reforma-en.html> (26 de diciembre de 2023).

De nuevo el RD-Ley 7/2023 ampliaba el ámbito subjetivo de quienes pueden acceder a estos subsidios, al fijar como requisito para acceder al denominado "subsidio contributivo" los tres meses cotizados en lugar de los seis meses anteriores y eliminar el requisito de responsabilidades familiares, que se utilizará para ampliar la cobertura del mismo.

5. REQUISITOS COMUNES PARA ACCEDER A LOS SUBSIDIOS

Por cuanto hace a los requisitos comunes a ambas modalidades, la LGSS exige:

- En la fecha de la solicitud del subsidio se exigirá no tener derecho a la prestación contributiva por desempleo, no encontrarse en supuesto de incompatibilidad y carecer de rentas propias, o bien, alternativamente, acreditar responsabilidades familiares para el reconocimiento de los subsidios por su duración máxima en los términos ya examinados.
- El reconocimiento del derecho al subsidio (y no la solicitud) exigirá la inscripción como demandante de empleo, así como la suscripción del acuerdo de actividad regulado en el artículo 3 de la Ley 3/2023, de 28 de febrero. Este requisito cumple una doble función: por un lado, da respuesta a la "política de empleo tendente a mantener promover y o desarrollar la formación profesional de los empleados como instrumento para favorecer el retorno del desempleado a la vida activa laboral y, por otra, constituye un medio de control de la veracidad de la situación de desempleo"⁴¹.

Se eliminaba el requisito de figurar inscritos como demandantes de empleo durante el plazo de un mes sin haber rechazado oferta de empleo adecuada ni haberse negado a participar, salvo causa justificada, en acciones de promoción, formación o reconversión profesionales, requisito calificado como "caprichoso"⁴², y que tenía como fin "constatar la persistencia en la imposibilidad de encontrar un empleo"⁴³ y situaba a las personas solicitantes en el limbo de la expectativa de su cobertura.

Sigue en la misma línea la previsión contenida en la "nueva" disposición adicional 54ª LGSS: "las personas beneficiarias del subsidio por desempleo tendrán garantizado, en todo caso, el acceso al itinerario o plan personalizado adecuado a su perfil" regulado en el art. 56.1.c) Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo y dentro del marco del acuerdo de actividad. Dicho plan personalizado prestará especial atención a la eliminación de sesgos y estereotipos de cualquier índole, especialmente de género, edad y discapacidad, origen nacional y origen étnico; y detallará las principales actividades propuestas con objeto de mejorar la empleabilidad del usuario, teniendo en cuenta las necesidades del sistema productivo, el empleo local y los sectores emergentes o es-

41 Goñi Sein, J.L., "Art. 215. Beneficiarios del subsidio por desempleo", cit., pág. 1800.

42 Goñi Sein, J.L., "Art. 215. Beneficiarios del subsidio por desempleo", cit., pág. 1798.

43 Ruano Albertos, S., "Requisitos comunes de acceso a las distintas modalidades de subsidio por desempleo", *Tribuna Social*, núm. 150, 2003, pág. 22.

tratégicos (de especial interés los vinculados con la transición ecológica) o, en su caso, iniciativas de emprendimiento, autoempleo y economía social, así como sus necesidades de conciliación de la vida familiar y laboral. De nuevo, forzoso resulta subrayar la importancia de la prospección respecto de las competencias que demanda la economía verde y circular en el nuevo modelo productivo.

- Acreditar carencia de rentas. Más complejo (como en todas las prestaciones no contributivas) resulta perfilar la carencia de rentas propias en la fecha de la solicitud del alta inicial o de las prórrogas o reanudaciones del subsidio. En este caso, se fija un umbral en la percepción de rentas de cualquier naturaleza de la persona solicitante o beneficiaria durante el mes natural anterior, a dichas fechas no superen el 75 por ciento del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias (art. 275.1 LGSS).

Este concepto ha generado múltiples conflictos interpretativos en cuanto hace a su definición misma y al momento temporal de su cómputo. Respecto al primero, el concepto de rentas y el umbral es "totalizador y omnicompreensivo", pero utilizando una noción propia distinta al de las prestaciones no contributivas⁴⁴.

Para los subsidios por desempleo, se consideraban como rentas o ingresos computables cualesquiera bienes, derechos o rendimientos derivados del trabajo, del capital mobiliario o inmobiliario, de las actividades económicas y los de naturaleza prestacional, salvo las asignaciones de la Seguridad Social por hijos a cargo y salvo el importe de las cuotas destinadas a la financiación del convenio especial con la Administración de la Seguridad Social (art. 275.4 LGSS).

El "nuevo" apartado 5 del art. 275 LGSS se ocupaba de determinar cuáles no se consideran rentas o ingresos computables:

- a. El importe de las cuotas destinadas a la financiación del convenio especial con la Administración de la Seguridad Social percibidas por la persona solicitante o beneficiaria.
- b. El importe correspondiente a la indemnización legal que en cada caso proceda por la extinción del contrato de trabajo, con independencia de que su pago se efectúe de una sola vez o de forma periódica, tal y como ya había determinado la jurisprudencia.
- c. El importe de las percepciones económicas obtenidas por asistencia a acciones de formación profesional o en el trabajo o para realizar prácticas académicas externas que formen parte del plan de estudios, obtenidas por la persona solicitante o beneficiaria o por cualquier otro miembro de la unidad familiar. Esta modificación, que ha entrado en vigor el 1 de enero de 2024, responde a la necesidad de apostar por la formación y por la recualificación frente a las nuevas competencias demandadas por los empleos respetuosos con el medioambiente.

⁴⁴ Blázquez Agudo, E., *Protección por desempleo. Los distintos niveles complementarios y sucesivos*, cit., pág. 100.

- d. A efectos de reanudaciones y prórrogas del subsidio, las rentas derivadas del trabajo por cuenta ajena a tiempo completo o a tiempo parcial devengadas por la persona beneficiaria, durante el periodo de percepción del complemento de apoyo al empleo. Esta previsión guarda relación con la nueva compatibilidad regulada en el RD-Ley 7/2023.
- e. Las rentas del trabajo y las prestaciones públicas percibidas por la persona solicitante que no se mantengan en la fecha de la solicitud.

Los Tribunales habían venido incorporando otras exclusiones: no se considera como renta computable a efectos de constatar el requisito el importe total del plan de pensiones rescatado, pero sí habrá de considerarse como tal la plusvalía que hubiera generado dicho plan desde su constitución hasta el rescate⁴⁵. También "deben excluirse para determinar las rentas computables para tener derecho al subsidio por desempleo la cuantía de la revalorización de la pensión correspondiente a las dos pagas extraordinarias". Tampoco computan las becas de estudios⁴⁶. Por el contrario, "deben incluirse las cantidades recibidas en concepto de recargo de prestaciones"⁴⁷.

Las rentas se computarán por su rendimiento íntegro o bruto. El rendimiento que procede de las actividades empresariales, profesionales, agrícolas, ganaderas o artísticas, se computará por ingresos y los gastos necesarios para su obtención (art. 275.4 LGSS)⁴⁸. También se considerarán rentas las plusvalías o ganancias patrimoniales, así como los rendimientos que puedan deducirse del montante económico del patrimonio, aplicando a su valor el 100 por ciento del tipo de interés legal del dinero vigente, con la excepción de la vivienda⁴⁹ habitualmente ocupada por el trabajador y de los bienes cuyas rentas hayan sido computadas.

Los ingresos procedentes del capital inmobiliario o mobiliario han de imputarse por mitades cuando la persona beneficiaria esté casada en régimen de gananciales y no procede de un bien privativo⁵⁰. En cuanto a los premios obtenidos en concursos, son considerados ganancia patrimonial, pues "se acomodan mejor a un ingreso irregular ya que permite, dada su falta de periodicidad y a partir del momento en el que se produce el ingreso en el patrimonio comenzar el cómputo aplicando a su valor el 50% del tipo de interés legal del dinero vigente"⁵¹. Y el "bien adquirido por vía

45 STS 3 febrero 2016 (Rec. 2576/2014).

46 STS 16 noviembre 2010 (Rec. 1125/2010).

47 García Piñero, N., "El subsidio por desempleo: conceptos computables para determinar las rentas del beneficiario. A propósito de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León (Burgos) de 13 de julio de 2010", *Aranzadi Social*, núm. 59, 2011.

48 Un exhaustivo análisis de los criterios jurisprudenciales al respecto en Cavas Martínez, F., "Capítulo IX.- Desempleo", cit., págs. 392 y ss.

49 STS 13 octubre 2009 (Rec. 4174/2008).

50 STS 2 diciembre 2012 (Rec. 909/2011).

51 STS 16 julio 2014 (Rec. 2387/2013).

hereditaria, se computa cuando se otorga la escritura pública de partición de la herencia, momento en que se dicho bien se incorpora al patrimonio, y no cuando posteriormente se enajena el mismo”⁵².

Los requisitos de carencia de rentas y, en su caso, de existencia de responsabilidades familiares deberán concurrir en el momento de la solicitud del subsidio, así como en el momento de la solicitud de sus prórrogas o reanudaciones (art. 275.7). Como novedad, y a los efectos de determinar si se cumplen los requisitos de carencia de rentas o de responsabilidades familiares, en la solicitud de alta inicial, reanudación y de las prórrogas del subsidio, el apartado 6 del art. 275 LGSS prevé que la persona interesada suscriba una declaración responsable en la que haga constar todas las rentas e ingresos obtenidos durante el mes natural anterior tanto por ella, como, en su caso, por el resto de los miembros de su unidad familiar. Dicha declaración será posteriormente contrastada con los datos que consten en sus declaraciones tributarias.

A continuación, advierte cómo la ocultación de rentas a la entidad gestora por parte de los solicitantes que, de haberlas tenido en cuenta, hubieran supuesto la denegación de la solicitud inicial, reanudación o de prórroga implicará que el importe correspondiente al derecho reconocido en base a la misma sea declarado indebidamente percibido por la persona trabajadora, por lo que se le reclamará y el período indebidamente percibido, además, se entenderá como consumido a todos los efectos (art. 275.6 LGSS).

6. EL RENOVADO SUBSIDIO DE “PREJUBILACIÓN”

El RD-Ley 7/2023 dedicaba un renovado art. 280 al denominado “subsidio de prejubilación”⁵³, destinado a los mayores de 52 años desempleados que cumplan los siguientes requisitos:

- Hayan agotado una prestación contributiva por desempleo o hayan trabajado al menos tres meses y estén en situación legal de desempleo. Específicamente deja fuera a quienes hayan percibido o agotado el programa de Renta Activa de Inserción, o hayan agotado la prestación por cese de actividad de las personas trabajadoras autónomas.
- Hayan cumplido 52 años y en la fecha del hecho causante del subsidio acrediten todos los requisitos, salvo la edad, para acceder a cualquier tipo de pensión contributiva de jubilación en el sistema de la Seguridad Social.

En cuanto hace a la edad necesaria, el art. 280.1 (a semejanza del anterior art. 274.4 LGSS) admitía cierta flexibilización para quienes acreditaban los requisitos para acceder a los subsidios comunes por desempleo y a la jubilación, pero no la edad de 52 años. En tal caso, permitía solicitar el

⁵² STS 5 octubre 2012 (Rec. 270/2012).

⁵³ Alarcón Caracuel, M.R. y González Ortega, S., *Compendio de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 1992, págs. 134 y ss.

acceso a este subsidio a partir de la fecha en que cumplan dicha edad, siempre que cumplan el resto de requisitos establecidos y que hayan permanecido inscritos ininterrumpidamente como demandantes de empleo en los servicios públicos de empleo desde la fecha del agotamiento de la prestación contributiva o de la situación legal de desempleo, hasta la fecha de la solicitud⁵⁴. En este supuesto se consideraba como fecha del hecho causante la del cumplimiento de la edad de cincuenta y dos años.

También preveía que pudieran solicitar el subsidio para trabajadores mayores de cincuenta y dos años quienes cumplan todos los requisitos necesarios para acceder al mismo en la fecha en la que tengan derecho a reanudar cualquier subsidio, así como quienes, reuniendo dichos requisitos, cumplan la edad de cincuenta y dos años durante la percepción de cualquiera de los subsidios comunes. En este supuesto se considerará como fecha del hecho causante la de la reanudación del subsidio.

- Hayan cotizado efectivamente en España por desempleo durante al menos seis años⁵⁵. Se insiste en la marginación de las personas autónomas que pueden verse en la imposibilidad de acceder a este subsidio y sin oportunidad real de volver al mundo laboral por su edad.
- Carezcan de rentas propias y mantengan dicha carencia durante toda la percepción del subsidio. A tales efectos, vendrán obligados a comunicar a la entidad gestora cualquier incremento en sus rentas que pudieran afectar al mantenimiento de su derecho, en el momento en que dicha circunstancia se produzca.

Para mantener la percepción de este subsidio los beneficiarios deberán presentar ante la entidad gestora una declaración anual de sus rentas, como sucedía en la regulación anterior, acompañada de la documentación acreditativa que corresponda. Dicha declaración se deberá presentar cada vez que transcurran doce meses desde la fecha del nacimiento del derecho o desde la fecha de su última reanudación, en el plazo de los quince días hábiles siguientes a aquel en el que se cumpla el período señalado.

Cuando, con ocasión de la tramitación de la declaración anual de rentas, el beneficiario comunique o la entidad gestora detecte que, durante algún periodo dentro de los doce meses anteriores, se han dejado de cumplir los requisitos de carencia de rentas, se procederá a la suspensión del subsidio por el periodo durante el que se hayan dejado de reunir dichos requisitos, regularizando los periodos e importes percibidos.

⁵⁴ Aclara la norma que se entenderá cumplido el requisito de inscripción ininterrumpida cuando cada una de las posibles interrupciones haya tenido una duración inferior a noventa días naturales, no computándose los períodos que correspondan a la realización de actividad por cuenta propia o ajena. En este último caso, el trabajador no podrá acceder al subsidio cuando el cese en el último trabajo fuera voluntario (art. 280.1 LGSS).

⁵⁵ Incluidos los cotizados en cualquier país de la Unión Europea o en Estado con Convenio bilateral que reconozca la totalización de períodos cotizados, STS 7 marzo 2005 (Rec. 894/2004).

Si el incumplimiento de los requisitos durante algún periodo dentro de los doce meses anteriores a la fecha en la que se ha de presentar la declaración anual de rentas no fuera comunicado por el beneficiario en el momento de producirse ni con ocasión de la primera declaración anual de rentas tras producirse dicha circunstancia, ni hubiera podido ser detectado durante la tramitación de esta primera declaración anual de rentas por la entidad gestora, una vez constatado por ésta, procederá a la regularización del derecho por el periodo que corresponda por incumplimiento de los requisitos, así como al inicio del correspondiente procedimiento sancionador por no comunicar la concurrencia de una causa de suspensión del derecho en el momento de producirse (art. 280.8 LGSS).

Este "subsidio ha sido prácticamente la única vía de protección para quienes perdían su empleo a una edad en la que es ilusorio pensar que existe posibilidad real de reincorporarse al mercado de trabajo"⁵⁶. De hecho, "una de las finalidades de este subsidio es la de servir como 'puente' o 'enlace' hacia la jubilación, asumiendo la cruda realidad de que, en los casos más graves, no hay esperanza" de volver a obtener un trabajo o al menos uno indefinido". Si desapareciera este subsidio o se enduquecieran (como ya sucedió) sus requisitos de acceso, significaría "simple y llanamente arrojarlos a la desprotección" y poner un lastre inamovible a su calidad de vida durante la jubilación⁵⁷, y más en un contexto de transición climática que demanda y fuerza a la recualificación y a la búsqueda de otras ocupaciones laborales, cada vez con mayor dificultad cuanto mayor sea la edad.

El derecho a este subsidio por desempleo nace a partir del día siguiente al del hecho causante, siempre que se solicite en plazo de quince días siguientes a la fecha del mismo. Solicitado fuera de dicho plazo, el derecho al subsidio nacerá el día de presentación de la solicitud (art. 280.3 LGSS), en este caso sin minorar su duración, pero sin posibilidad de retrotraer la percepción.

Su cuantía coincide con la tradicional de los subsidios por desempleo: era igual al 80 por ciento del indicador público de rentas de efectos múltiples mensual vigente en cada momento, quedando lejos de la cuantía fijada para los subsidios comunes. Esta diferencia parece intentar justificarse por un doble dato: la mayor duración de este subsidio (se mantiene hasta la edad de jubilación) y el beneficio de la cotización por jubilación⁵⁸.

En cuanto a sus causas de suspensión, el art. 280.5 remitía a las comunes para el resto de subsidios, a las que añade las dos siguientes:

- a. Cuando se cumplan doce meses desde la fecha de nacimiento del derecho o de su última reanudación, cuando no se haya presentado la declaración anual de rentas. El derecho se reanudará a partir de la fecha en que se solicite la misma aportando la declaración anual de rentas.

⁵⁶ Vicente Palacio, A., "Tránsitos y Conexiones entre el Empleo y la Seguridad Social: especial referencia al subsidio de desempleo para mayores de 55 años", *Trabajo: Revista iberoamericana de relaciones laborales*, núm. 30, 2014, pág. 56.

⁵⁷ Pérez del Prado, D., "Las medidas en materia de protección social del RDL 8/2019: entre el humo y el cambio de ciclo", *Temas laborales*, núm. 147, 2019, pág. 195.

⁵⁸ Molina Navarrete, C., "La reforma de los subsidios asistenciales de desempleo: Cal (mejoras sociales) y Arena (lógica económica del riesgo moral)", cit.

b. En la fecha en que se deje de cumplir el requisito de carencia de rentas propias por tiempo inferior a doce meses. De igual forma, el derecho se reanudará a partir de la fecha en que de nuevo se cumpla el requisito de carencia de rentas, siempre que, en este caso, la solicitud de reanudación se presente dentro del plazo de los quince días siguientes al de dicho cumplimiento. En caso contrario, el subsidio se reanudará a partir de la fecha de su solicitud.

Este plazo de doce meses se ampliará por el periodo que se realicen trabajos por cuenta propia o ajena. En este caso se exigirá que el último cese previo a la reanudación sea involuntario o constituya situación legal de desempleo.

En fin, procederá la denegación de la reanudación solicitada una vez transcurridos doce meses desde la fecha de efectos de la suspensión del subsidio.

Por cuanto hace a la extinción, de nuevo el apartado 6 del art. 280 remitía a las causas comunes para el resto de subsidios, exceptuando el transcurso del plazo de seis años desde la fecha de baja de la prestación sin haber reanudado el derecho. Asimismo, introducía dos nuevas: de un lado, por el incumplimiento de los requisitos de carencia de rentas durante un periodo igual o superior a doce meses; de otro, por el transcurso de doce meses desde la fecha de efectos de su suspensión sin haberse reanudado, salvo la ampliación de la suspensión prevista en caso de realización de trabajos por cuenta propia o ajena.

La cotización por parte de la entidad gestora por la contingencia de jubilación durante la percepción de este subsidio también había sido modificada. Dichas cotizaciones hubieran tenido efecto para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación y porcentaje aplicable a aquella en cualquiera de sus modalidades, así como para completar el tiempo necesario para el acceso a la jubilación anticipada, pero no para acreditar el período mínimo para el acceso a la pensión, que ha debido quedar acreditado en la fecha de la solicitud.

Así, a efectos de determinar la cotización, se hubiera tomado como base de cotización el 100 por cien de la base mínima de cotización en el Régimen General de la Seguridad Social, vigente en cada momento y en caso de percibir el complemento de apoyo al empleo, la base por la que deberá cotizarse se reducirá en proporción a la jornada trabajada (art. 280.9 LGSS). Si bien se incluye un período transitorio analizado *supra*.

7. LOS SUBSIDIOS QUE HUBIERAN DESAPARECIDO

La remodelación y aparente simplificación efectuada por el RD-Ley 7/2023 hubiera eliminado del farragoso elenco de subsidios algunos de ellos, bien para integrarlos en los dos comunes (como el previsto por responsabilidades familiares, el denominado contributivo y el previsto para mayores de 45 años), bien para hacerlos desaparecer de su ámbito de protección. Asimismo, hubiera desaparecido la renta activa de inserción y el subsidio por desempleo extraordinario.

De atender al número de personas beneficiarias en la actualidad, cabe comprobar que son los más minoritarios en número de beneficiarios: en noviembre de 2023, 736.074 personas estaban percibiendo uno de los subsidios existentes en ese momento⁵⁹; 133.916 el subsidio por agotamiento de la prestación contributiva; 440.484, el destinado a mayores de 52 años; 139.385, el denominado subsidio contributivo; 2.981 emigrantes retornados; 6.994 liberados de prisión; 1.062 inválidos recuperados y el resto percibe subsidios extraordinarios o la renta activa.

Específicamente respecto a los subsidios, hubiera desaparecido, en primer lugar, el destinado a los emigrantes retornados, previsto para las personas trabajadoras españolas que hayan emigrado y hayan retornado de países no pertenecientes al Espacio Económico Europeo, o con los que no exista convenio sobre protección por desempleo, acrediten haber trabajado como mínimo doce meses en los últimos seis años en dichos Estados desde su última salida de España, carecieran de rentas y no tengan derecho a la prestación por desempleo. Por tanto, se exige volver de un país donde no se reconozca la exportación de la prestación, y no el agotamiento de la misma⁶⁰.

Quienes han estado protegidos por este subsidio no hubieran obtenido idéntica (o parecida) prestación por parte del ingreso mínimo vital, habida cuenta este último requiere un año de residencia legal y efectiva en territorio español⁶¹, y entre sus excepciones no contempla a los emigrantes retornados. No obstante, y sin perjuicio de la normativa que hubiera desarrollado la transitoriedad entre subsidios e ingreso mínimo, este colectivo habría encontrado respuesta a su situación en las rentas mínimas autonómicas, pues como regla general prevén excepciones al tiempo de residencia vinculadas al proceso de retorno del extranjero de sus conciudadanos.

En segundo término, el subsidio destinado a quien haya sido declarado plenamente capaz o incapacitado en el grado de incapacidad permanente parcial como consecuencia de un expediente de revisión por mejoría de una situación de incapacidad en los grados de incapacidad permanente total, incapacidad permanente absoluta o gran invalidez. La razón de ser radica en que no pueden acceder a prestaciones contributivas por desempleo con cargo a las cotizaciones acumuladas antes de la declaración de invalidez⁶² y encuentran severos obstáculos a su retorno al mercado laboral.

Dado que con este subsidio no importa la edad, la unidad de convivencia, ni se exige ningún requisito de vida independiente, podría haber dejado fuera (a la espera de su regulación) a varias de las personas (apartadas del mundo laboral sin haber seguido ningún proceso de recualificación o reciclaje) que hubieran tenido derecho a percibir este subsidio, pero no el ingreso mínimo vital.

59 Datos SEPE noviembre de 2023: <https://www.sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/estadisticas/estadisticas-prestaciones/informe-prestaciones.html>

60 Garrido Pérez, E., "Art. 215. Beneficiarios del subsidio por desempleo", cit., pág. 1392 y Luján Alcaraz, J., "Art. 215. Beneficiarios del subsidio por desempleo", cit., pág. 1139.

61 Analizando el requisito, Monereo Pérez, J.L.; Rodríguez Iniesta, G. y Trillo García, A.R., *El ingreso mínimo vital en el sistema de protección social. Estudio de su configuración y régimen jurídico*, Laborum, Murcia, 2020, pág. 69 y Gómez Gordillo R., "El ingreso mínimo vital: la pensión que aspira a ser subsidio. Análisis del RDL 20/2020, de 29 de mayo y de sus modificaciones", *Revista de Derecho Social*, núm. 91, 2020, págs. 37 y ss.

62 Luján Alcaraz, J., "Art. 215. Beneficiarios del subsidio por desempleo", cit., pág. 1141.

En tercer lugar, se eliminaba el previsto para las personas liberadas de prisión, los menores liberados de un centro de internamiento en el que hubieran sido ingresados como consecuencia de la comisión de hechos tipificados como delito, siempre que, además de haber permanecido privados de libertad por más de seis meses, en el momento de la liberación sean mayores de dieciséis años; y para las personas que hubiesen concluido un tratamiento de deshabituación de su drogodependencia, siempre que el mismo hubiera durado un período superior a seis meses y hayan visto remitida su pena privativa de libertad en aplicación de lo previsto en el artículo 87 del Código Penal.

Este supuesto (y los variados beneficiarios) son los únicos donde la prestación se convierte en una verdadera prestación no contributiva⁶³, habida cuenta no requiere ningún tipo de requisito vinculado con una previa cotización, solo la situación de necesidad y el hecho causante, en este caso configurado como sigue: no tener derecho a la prestación por desempleo contributiva y siempre que la privación de libertad haya sido por tiempo superior a seis meses.

Ese período de seis meses de estancia en prisión efectiva, independientemente de la duración de la condena, hace presumir la dificultad de reinserción en el mercado laboral (art. 25.2 CE)⁶⁴, en tanto la finalidad del subsidio "se relaciona de manera directa con las especiales dificultades personales y laborales en las que se encuentran al ser excarcelados, pues es presumible que su vínculo contractual previo hubiese quedado extinguido, precisamente por la entrada en prisión [o que carecieran de él a la entrada en prisión] y que se encuentren con especiales dificultades para encontrar empleo, dando el tiempo que han permanecido fuera del mercado laboral"⁶⁵.

Como último requisito, se ha limitado el acceso al mismo en función del tipo de delito por el que hubieran sido condenados, por tal motivo, solo han podido obtener el subsidio cuando acrediten, mediante la oportuna certificación de la Administración penitenciaria, los siguientes extremos:

- En el caso de los liberados de prisión condenados por los delitos contemplados en las letras a) (Delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo o b) (Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal) del artículo 36.2 del Código Penal, que han cumplido los requisitos exigidos en el artículo 72.6 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria⁶⁶.

63 Blázquez Agudo, E., *Protección por desempleo. Los distintos niveles complementarios y sucesivos*, cit., pág. 109.

64 STCo 153/1994, de 23 de mayo,

65 Arias Domínguez, A., "El tratamiento legal del subsidio de desempleo para los liberados de prisión. Comentario a la STSJ Cataluña, de 13 de septiembre de 2005", *Aranzadi Social*, núm. 21, 2006.

66 "Del mismo modo, la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario de personas condenadas por delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II del Código Penal o cometidos en el seno de organizaciones criminales, requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal y la satisfacción de la responsabilidad civil con sus rentas y patrimonio presentes y futuros en los términos del apartado anterior, que muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas, y además hayan colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo

– En el caso de los liberados de prisión condenados por los delitos contemplados en las letras c) (abuso o agresión sexual) o d) (delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores) del artículo 36.2 del Código Penal, que han satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales, y que han formulado una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito.

De nuevo, el contraste entre la facilidad en el acceso a este tipo de subsidio (sin requerir el cumplimiento de ulteriores condiciones por parte de una hipotética unidad familiar) y la automaticidad en su concesión, frente a las trabas del ingreso mínimo vital hubiera podido sin protección a quien saliera de prisión después de un largo tiempo e incumplir con ello la finalidad de reinserción prevista en la normativa penitenciaria.

Ante la supresión de los subsidios enumerados, la disposición adicional 1ª RD-Ley 7/2023 contemplaba, con el fin de garantizar la transición adecuada hacia la prestación de ingreso mínimo vital y de conformidad con un futuro desarrollo reglamentario, "en las situaciones de extinción del subsidio por agotamiento, renuncia o por superar el límite de ingresos previsto, sin haberse reinsertado en el mercado laboral; la entidad gestora del subsidio por desempleo remitirá a la entidad gestora del ingreso mínimo vital el consentimiento de los interesados así como los datos que a tal efecto se determinen con la finalidad de que dicha entidad gestora tramite, en su caso, la prestación de ingreso mínimo vital".

8. NACIMIENTO Y PRÓRROGA DE LOS SUBSIDIOS: LA ORIENTACIÓN HACIA EL TRABAJO

El derecho al subsidio por desempleo hubiera nacido a partir del día siguiente al del hecho causante siempre que se solicite en los quince días hábiles siguientes a la fecha del mismo, habida cuenta se había eliminado el plazo de espera del mes. Solicitado fuera de dicho plazo, pero dentro de los seis meses siguientes a la fecha del hecho causante, hubiera nacido el día de presentación de la solicitud, sin que la norma estableciera sanción o consumición del mismo. Asimismo, se regulaban los efectos de la realización de trabajos durante el plazo con la idea de dar prioridad a la búsqueda de empleo frente a la imperiosa exigencia de solicitar la prestación y desaparece el concepto penalización de días consumidos por solicitud extemporánea⁶⁷.

de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades".

⁶⁷ Tortuero Plaza, J.L.: "La reforma del desempleo asistencial y las conclusiones del XXXIII Congreso de la AEDTSS", cit.

Hecho causante del subsidio era aquella en la que se produce el agotamiento de la prestación contributiva por desempleo si se accede al subsidio por esta circunstancia, y la de la última situación legal de desempleo si se accedía por acreditar cotizaciones insuficientes para el acceso a la prestación contributiva. En caso de que con posterioridad a la fecha del hecho causante se hubiera trabajado por cuenta propia o ajena, para acceder al subsidio hubiera sido necesario que el cese en el último trabajo sea, respectivamente, involuntario o con situación legal de desempleo. De nuevo conviene destacar las previsiones destinadas a favorecer el trabajo durante su percepción.

Si el subsidio por desempleo se solicitara una vez transcurridos los seis meses desde la fecha del hecho causante, la solicitud hubiera sido denegada⁶⁸, salvo que el solicitante se encontrara realizando trabajos por cuenta propia o ajena, o percibiendo la prestación por incapacidad temporal o por nacimiento y cuidado de menor, en cuyo caso se ampliaría el plazo de solicitud hasta los quince días hábiles siguientes a la finalización del trabajo o extinción de la prestación (art. 276.1 LGSS).

Por cuanto hace a las prórrogas hasta su duración máxima, el RD-Ley 7/2023 modificaba los plazos de las mismas, pasando de prórrogas cada seis meses a cada tres con la finalidad de controlar su percepción y las medidas de activación para el empleo. Por tal razón, cada vez que se hayan devengado tres meses de su percepción, los beneficiarios habrían debido presentar una solicitud de prórroga, acompañada de la documentación acreditativa del mantenimiento de los requisitos de acceso.

Dicha solicitud de prórroga debía presentarse en el plazo de los quince días hábiles siguientes a la finalización del periodo trimestral. Presentada en dicho plazo, el subsidio se prorrogaría desde el día siguiente a la fecha de agotamiento del período de derecho trimestral. En otro caso, el derecho a la prórroga hubiera tenido efectividad a partir del día de su solicitud, siempre que esta se presente dentro de los seis meses siguientes a la fecha del agotamiento del periodo trimestral. Si la prórroga se solicitara fuera de este plazo de los seis meses, la solicitud sería denegada, salvo que el último día de este plazo, el solicitante se encontrara realizando trabajos por cuenta propia o ajena, en cuyo caso se ampliaría el plazo de solicitud hasta los 15 días siguientes a la finalización del trabajo. En este caso se exigía que el último cese previo a la reanudación sea involuntario o constituya situación legal de desempleo (art. 276.2 LGSS).

9. LA DISTINTA DURACIÓN DE LOS SUBSIDIOS POR DESEMPLEO

El art. 277 LGSS contemplaba duraciones diferentes tanto entre los dos subsidios por desempleo, como dentro de cada uno, en función de distintas variables (edad, duración de la prestación contributiva o responsabilidades familiares).

⁶⁸ Considerando excesiva la privación del subsidio por dicha falta de diligencia, Molina Navarrete, C., "La reforma de los subsidios asistenciales de desempleo: Cal (mejoras sociales) y Arena (lógica económica del riesgo moral)", cit.

En el caso del subsidio por agotamiento, la duración máxima se determinaba según la edad de la persona en la fecha de agotamiento, las responsabilidades familiares con que cuente y la duración de la prestación finalizada. Así, preveía una duración mínima de 6 meses para menores de 45 años sin responsabilidades familiares y de 30 meses para quien hubiera disfrutado de una prestación igual o mayor a 180 días con arreglo a la siguiente tabla:

| Acreditación responsabilidades familiares | Edad en la fecha de agotamiento de la prestación | Duración de la prestación por desempleo agotada | Duración máxima del subsidio |
|---|--|---|------------------------------|
| NO | <45 | >= 360 días | 6 meses |
| | >45 | >= 120 días | |
| Sí | Indiferente | >= 120 días | 24 meses |
| | | >=180 días | 30 meses |

La norma permitía ampliar la duración (de acuerdo con la tabla) del subsidio inicialmente concedido de seis meses cuando puedan acreditar responsabilidades familiares, siempre que lo hagan dentro de los doce meses siguientes a la fecha del hecho causante del subsidio.

De comparar la duración prevista con la anterior a la reforma del RD-Ley 7/2023, cabe constatar la desaparición de la regla general de los 18 meses, que, al cabo, quedaba postergada por las numerosas excepciones⁶⁹.

Respecto al subsidio contributivo, las variables a considerar eran el período de ocupación cotizada y la acreditación de responsabilidades familiares, estableciéndose una horquilla entre un mínimo de 3 meses para quien haya cotizado 3 meses sin responsabilidades familiares y un máximo de 21 meses a quien sí las tenga con arreglo a la siguiente tabla:

| Periodo mínimo de ocupación cotizada | Acreditación de responsabilidades familiares | Duración máxima del subsidio |
|--------------------------------------|--|------------------------------|
| 3 meses | No | 3 meses |
| 4 meses | No | 4 meses |
| 5 meses | No | 5 meses |
| 6 meses | No | 6 meses |
| | Sí | 21 meses |

⁶⁹ Monereo Pérez, J.L., *El sistema de protección por desempleo en España*, cit., pág. 166.

En este subsidio cabe constatar una ampliación de la duración para quienes no tienen responsabilidades familiares; y, de nuevo, se permite, pero solo para quienes hubieran accedido al subsidio contributivo habiendo cotizado seis meses sin responsabilidades familiares, acrediten estas últimas posteriormente dentro del plazo de doce meses siguiente a la fecha del hecho causante del subsidio. En este caso, se ampliará la duración máxima del subsidio inicialmente reconocido hasta los veintiún meses.

Como regla final, y dado que comparte características con la prestación contributiva, las cotizaciones que sirvieron para el nacimiento del subsidio no podrán ser tenidas en cuenta para el reconocimiento de un futuro derecho a la prestación o al subsidio por desempleo.

Por último, la duración fijada es un máximo, en tanto el subsidio se reconoce por periodos trimestrales, prorrogables hasta agotar la duración máxima (art. 277.3 LGSS). En todo caso, la disposición adicional primera del RD-Ley 7/2023 trataba de facilitar la transición del subsidio al ingreso mínimo vital, si bien a la espera de su desarrollo reglamentario: en las situaciones de extinción del subsidio por agotamiento, renuncia o por superar el límite de ingresos previsto, sin haberse reinsertado en el mercado laboral, "la entidad gestora del subsidio por desempleo remitirá a la entidad gestora del ingreso mínimo vital el consentimiento de los interesados así como los datos que a tal efecto se determinen con la finalidad de que dicha entidad gestora tramite, en su caso, la prestación de ingreso mínimo vital".

10. LA MENGUANTE CUANTÍA DE LOS SUBSIDIOS POR DESEMPLEO

Como novedad, y siguiendo lo previsto para la prestación contributiva por desempleo, el art. 278.1 LGSS establecía una cuantía decreciente por el transcurso del tiempo: el 95% del IPREM durante los ciento ochenta primeros días (570 euros en 2024), el 90% desde el día ciento ochenta y uno al día trescientos sesenta (540 euros), y el 80% a partir del día trescientos sesenta y uno (480 euros).

No obstante, la cuantía anterior se modulaba para el subsidio por agotamiento: las cuantías se minoraban en función del promedio de las horas trabajadas durante los últimos 180 días del periodo de ocupación cotizada acreditado para el acceso a la prestación contributiva de la que trae causa el subsidio, ponderándose tal promedio en relación con los días en cada empleo a tiempo parcial o completo durante dicho período. Y cuando en el periodo de referencia existieran días a tiempo completo y a tiempo parcial debía hallarse la proporción de ambos a fin de aplicarla como índice ponderado al importe del subsidio⁷⁰.

70 STS 20 diciembre 2002 (Rec. 2859/2001).

Si para la percepción del subsidio "contributivo" se hubieran realizado trabajos a tiempo parcial, las cuantías se minoraban de forma proporcional al promedio de las horas trabajadas durante el período de los últimos 180 días cotizados antes de la situación legal de desempleo o, en su caso, el periodo inferior acreditado, ponderándose tal promedio en función de los días trabajados en cada empleo a tiempo parcial o completo durante dicho período.

La cuantía así predeterminada (salvo en el caso del trabajo a tiempo parcial) podría distorsionar el carácter asistencial vinculado a las rentas, de tal modo que quien tenga unos ingresos en un arco inferior al límite de rentas percibirá la cuantía íntegra especificada, con independencia de la diferencia con el umbral y sin atender a la existencia o ausencia de responsabilidades familiares⁷¹ (como sucedía en regulaciones precedentes), las cuales solo sirven para fijar un doble filtro de ingresos, no para incrementar la cantidad.

Además, la cuantía menguante del subsidio perjudica y estigmatiza más, al tiempo, a quienes más dificultades tienen de encontrar trabajo y más necesidad por tanto de mantener el subsidio en una cantidad "digna". Sin olvidar tampoco cómo esta reforma ha prescindido por completo del compromiso internacional que tiene España con la Carta Social Europea en virtud del principio de progresividad y de la cuantía que otorga, por debajo del 50% del ingreso mediano⁷².

Como regla de cierre, en los supuestos de reducción de jornada por conciliación de la vida laboral, personal y familiar (art. 37.5, 6 y 8 ET), se entendería que durante dichos periodos se realizó la jornada de trabajo anterior de la reducción (art. 278.2 LGSS).

11. COMPATIBILIDAD E INCOMPATIBILIDAD: LA APUESTA POR LA ACTIVACIÓN PARA EL EMPLEO

La regulación contenida en el RD-Ley 7/2023 no afectaba a las reglas generales contenidas en el art. 282.1 LGSS: el subsidio por desempleo es incompatible con el trabajo por cuenta propia, aunque su realización no implique la inclusión obligatoria en alguno de los regímenes de la Seguridad Social o, como novedad, en alguna mutualidad de previsión social alternativa al Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos. Y con carácter general el subsidio es también incompatible con la obtención de prestaciones de carácter económico de Seguridad Social, salvo que éstas hubieran sido compatibles con el trabajo que originó la prestación o el subsidio.

Continuaba la compatibilidad con la percepción de prestaciones económicas no contributivas de la Seguridad Social, y de cualquier tipo de rentas mínimas, salarios sociales o ayudas análogas de

⁷¹ Blázquez Agudo, E., *Protección por desempleo. Los distintos niveles complementarios y sucesivos*, cit., pág. 114.

⁷² Molina Navarrete, C., "La reforma de los subsidios asistenciales de desempleo: Cal (mejoras sociales) y Arena (lógica económica del riesgo moral)", cit.

asistencia social concedidas por cualquier Administración Pública (art. 182.5 LGSS) y la posibilidad de que establezca la compatibilidad algún programa de fomento al empleo destinado a colectivos con dificultad de inserción en el mercado de trabajo, en cuyo caso la entidad gestora podrá abonar a la persona trabajadora el importe mensual de la prestación en la cuantía y duración que se determinen, sin incluir la cotización a la Seguridad Social (art. 182.7 LGSS).

Como novedad, el RD-Ley 7/2023 contemplaba la compatibilidad del subsidio con la realización de prácticas formativas, prácticas académicas externas incluidas en programas de formación o programas de formación para el empleo (art. 182.6 LGSS), cuya entrada en vigor se había producido el 1 de enero de 2024 a diferencia del resto de los cambios operados. No cabe sino aplaudir esta medida, pues hubiera permitido a quienes estén cobrando el subsidio seguir formándose y recualificándose en las competencias más demandadas, muchas veces vinculadas a los cambios tecnológicos, pero también a las transiciones ecológicas.

En fin, quizá el mayor de los cambios propuestos en el subsidio por desempleo era la compatibilidad con el trabajo por cuenta ajena con la clara finalidad de impulsar la vuelta al mercado laboral y evitar el rechazo de una oferta de trabajo de corta duración y/o cuantía retributiva, máxime para quienes están en un proceso de recualificación o tienen su primera oportunidad en un sector perteneciente a la economía verde o circular. Por tales razones (entre otras), el apartado 3 del art. 282 permitía (e incentivaba) la compatibilidad de quienes accedieran al subsidio manteniendo uno o varios contratos a tiempo parcial, así como de quienes siendo beneficiarios del subsidio por desempleo (en sus dos modalidades) o del subsidio de mayores de 52 años se reincorporaran al mercado laboral, ya sea porque pasen a estar contratados a tiempo completo o a tiempo parcial. En todos los supuestos enumerados, el subsidio se convertía en un complemento de apoyo al empleo cuya cuantía se determina en función del trimestre de subsidio que se esté percibiendo y la jornada que se estuviera realizando según la tabla siguiente:

| Trimestre de subsidio | CAE. Empleo a tiempo completo (% IPREM) | CAE. Empleo a tiempo parcial ≥ 75 % de la jornada (% IPREM) | CAE. Empleo a tiempo parcial <75 % y $=50$ % de la jornada (% IPREM) | CAE. Empleo a tiempo parcial <50 % de la jornada (% IPREM) |
|-----------------------|---|--|--|--|
| 1 | 80 | 75 | 70 | 60 |
| 2 | 60 | 50 | 45 | 40 |
| 3 | 40 | 35 | 30 | 25 |
| 4 | 30 | 25 | 20 | 15 |
| 5 y siguientes | 20 | 15 | 10 | 5 |

Este complemento se podía percibir un máximo de 180 días, en una o varias relaciones laborales, y su cuantía se ajustaba al periodo trimestral durante el cual se realiza el trabajo, así como a la jornada

trabajada en cada momento. Y, como contrapunto, se consumían tantos días de subsidio como los percibidos de complemento de apoyo al empleo.

El único límite a la compatibilidad del subsidio con el trabajo por cuenta ajena (junto con su duración temporal máxima de 180 días) se producía cuando la contratación sea efectuada por:

- a. Empresas que tengan autorizado expediente de regulación de empleo en el momento de la contratación. Esta prohibición parece remitirse a los ERTES por fuerza mayor y al ERTE-RED y no al resto o a los despidos colectivos, que no precisan de autorización⁷³.
- b. Empresas en las que el desempleado beneficiario del subsidio haya trabajado en los últimos doce meses anteriores. Esta prohibición parece establecerse con la finalidad de evitar comportamientos fraudulentos donde la persona sea despedida para ser contratada de nuevo más tarde para recibir este complemento.
- c. Cuando se trate de contrataciones que afecten al cónyuge, ascendientes, descendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, o en su caso por adopción, hasta el segundo grado inclusive, del empresario o de quienes ostenten cargos de dirección o sean miembros de los órganos de administración de las entidades o de las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad, así como las que se produzcan con estos últimos. Conviene señalar que en este caso no se incluye en la prohibición, quizá por olvido, la prohibición de contratar con la pareja de hecho.

De acuerdo con la compatibilidad indicada *supra*, los arts. 271 y 272 LGSS, que abordan las causas de suspensión y extinción de la prestación y el subsidio por desempleo, excepcionaban como causas la realización de un trabajo por cuenta ajena en los términos regulados en el art. 282, apartados 2 y 3 LGSS.

12. BIBLIOGRAFÍA CITADA

Alarcón Caracuel, M.R. y González Ortega, S., *Compendio de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 1992.

Álvarez Cuesta, H., "El ingreso mínimo vital en la encrucijada", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 9, núm. 2, 2021.

Álvarez Cuesta, H., "Los subsidios y rentas asistenciales no contributivas de desempleo", en AA.VV., *Seguridad Social para todas las personas*, Murcia, Laborum, 2021.

Álvarez Cuesta, H., *La protección frente a la pobreza*, Bomarzo, Albacete, 2023.

⁷³ Arenas, M., "Comentario de urgencia a la reforma en materia de desempleo del RD Ley 7/2023", en <https://miguelonarenas.blogspot.com/2023/12/comentario-de-urgencia-la-reforma-en.html> (26 de diciembre de 2023) y Molina Navarrete, C., "La reforma de los subsidios asistenciales de desempleo: Cal (mejoras sociales) y Arena (lógica económica del riesgo moral)", cit.

- Arenas, M., "Comentario de urgencia a la reforma en materia de desempleo del RD Ley 7/2023", en <https://miguelonarenas.blogspot.com/2023/12/comentario-de-urgencia-la-reforma-en.html> (26 de diciembre de 2023).
- Arias Domínguez, A., "El tratamiento legal del subsidio de desempleo para los liberados de prisión. Comentario a la STSJ Cataluña, de 13 de septiembre de 2005", *Aranzadi Social*, núm. 21, 2006.
- Blázquez Agudo, E., *Protección por desempleo. Los distintos niveles complementarios y sucesivos*, Juruá, Lisboa, 2016.
- Cavas Martínez, F., "Capítulo IX.- Desempleo", en AA.VV., *Contingencias y prestaciones de Seguridad Social en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Reus, Madrid, 2021.
- García Piñeiro, N., "El subsidio por desempleo: conceptos computables para determinar las rentas del beneficiario. A propósito de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León (Burgos) de 13 de julio de 2010", *Aranzadi Social*, núm. 59, 2011.
- Garrido Pérez, E., "Art. 215. Beneficiarios del subsidio por desempleo", en AA.VV., *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, 2003.
- Gómez Gordillo R., "El ingreso mínimo vital: la pensión que aspira a ser subsidio. Análisis del RDL 20/2020, de 29 de mayo y de sus modificaciones", *Revista de Derecho Social*, núm. 91, 2020.
- Goñi Sein, J.L., "Art. 215. Beneficiarios del subsidio por desempleo", en AA.VV., *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999.
- López Insua, B.M., *La protección social de las personas inmigrantes: un modelo garantista*, Atelier, Barcelona, 2020.
- Luján Alcaraz, J., "Art. 215. Beneficiarios del subsidio por desempleo", en AA.VV.: *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2003.
- Mercader Uguina, J.R., "Reformas" y "contrarreformas" en el sistema de protección por desempleo. La Ley 45/2002, de 12 de diciembre, como telón de fondo", *Temas Laborales*, núm. 66, 2002.
- Molina Navarrete, C., "La reforma de los subsidios asistenciales de desempleo: Cal (mejoras sociales) y Arena (lógica económica del riesgo moral)", *Diario LA LEY*, núm. 10413, 26 de diciembre de 2023.
- Monereo Pérez, J.L., *El sistema de protección por desempleo en España*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997.
- Monereo Pérez, J.L., "El sistema español de protección por desempleo: eficacia, equidad y nuevos enfoques", en AA.VV.: *La protección por desempleo en España*, Laborum, Murcia, 2015.
- Monereo Pérez, J.L. y Rivas Vallejo, P., *Prevención de riesgos laborales y medio ambiente*, Comares, Granada, 2008.
- Monereo Pérez, J.L.; Rodríguez Iniesta, G. y Trillo García, A.R., *El ingreso mínimo vital en el sistema de protección social. Estudio de su configuración y régimen jurídico*, Laborum, Murcia, 2020.
- Moreno Gené, J., "Naturaleza jurídica de la renta activa de inserción: nueva oportunidad de clarificación a propósito del acceso al subsidio especial de prejubilación". *Iuslabor*, núm. 2, 2020.
- OIT, *Competencias profesionales para un futuro más ecológico: Conclusiones principales*, OIT, Ginebra, 2019.
- OIT, *Work in a changing climate, The Green Initiative*, OIT, Ginebra, 2017.

OIT, *Sostenibilidad medioambiental con empleo, Perspectivas sociales y del empleo en el mundo 2018*, OIT, Ginebra, 2018.

ONU, *World social report 2020 inequality in a rapidly changing world*, 2021.

Pérez del Prado, D., "Las medidas en materia de protección social del RDL 8/2019: entre el humo y el cambio de ciclo", *Temas laborales*, núm. 147, 2019.

Rodríguez Fernández, M^a L., *Humanos y robots: empleo y condiciones de trabajo en la era tecnológica*, Bomarzo, Albacete, 2020.

Rosemberg, A., "Llevar a cabo una transición justa. Las conexiones entre el cambio climático y el empleo, y propuestas para futuras investigaciones", *Boletín Internacional de Investigación Sindical*, núm. 2, vol. 2, 2010.

Ruano Albertos, S., "Requisitos comunes de acceso a las distintas modalidades de subsidio por desempleo", *Tribuna Social*, núm. 150, 2003.

Stephenson, S., "Jobs, Justice, Climate: Conflicting State Obligations in the International Human Rights and Climate Change Regimes", *Ottawa Law Review*, Vol. 42, núm. 1, 2010.

Tortuero Plaza, J.L.: "La reforma del desempleo asistencial y las conclusiones del XXXIII Congreso de la AEDTSS", *Brief AEDTSS*, núm. 77, 2024.

Vicente Palacio, A., "Tránsitos y Conexiones entre el Empleo y la Seguridad Social: especial referencia al subsidio de desempleo para mayores de 55 años", *Trabajo: Revista iberoamericana de relaciones laborales*, núm. 30, 2014.

Vida Soria, J. et al., *Manual de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 2012.

LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y PROFESIONAL EN LA UNIÓN EUROPEA

EUROPEAN UNION WORK LIFE BALANCE

María del Rosario Cristóbal Roncero

Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

Universidad Complutense de Madrid

rosariocristobal@der.ucm.es ORCID [0000-0002-9553-0930](https://orcid.org/0000-0002-9553-0930)

Recepción de trabajo: 08-01-2024 - Aceptación: 16-02-2024 - Publicado: 22-03-2024

Páginas: 73-97

- 1. EVOLUCIÓN DE LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y PROFESIONAL EN LA NORMATIVA EUROPEA. ■ 1.1. Primera etapa: La igualdad de género se conecta con la incentivación del reparto de responsabilidades de mujeres y hombres en el ámbito privado.
- 1.2. Segunda etapa: La conciliación se vincula al mercado de trabajo y a la competitividad empresarial. ■ 1.3. Tercera etapa: la conciliación se “conecta”, de nuevo, con la igualdad de género, integrándose la figura paterna en el reparto de responsabilidades.
- 2. MECANISMOS PARA FAVORECER LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y PROFESIONAL. ■ 2.1. El permiso de paternidad, el permiso parental. ■ 2.1.1. Permiso de paternidad. ■ 2.1.2. Permiso parental. ■ 2.1.3. Permiso para cuidadores. ■ 2.1.4. Ausencia del trabajo por fuerza mayor.
- 2.2. Fórmulas de trabajo flexible para los trabajadores que sean progenitores o cuidadores.
- 3. PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES EN EL EJERCICIO DE SUS DERECHOS DE CONCILIACIÓN. ■ 3.1. Derechos laborales. ■ 3.2. Discriminación. ■ 3.3. Protección contra el despido y carga de la prueba.
- 4. CONCLUSIONES. ■ 5. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

RESUMEN

Las políticas de conciliación de la vida familiar y profesional europeas han evolucionado para mejorar y hacer más compatible las condiciones de vida y trabajo en tres etapas diferentes. 1) La igualdad de género se conecta con la incentivación del reparto de responsabilidades de mujeres y hombres en el ámbito privado, 2) Se caracteriza por la vinculación de la conciliación con el mercado de trabajo y la competitividad empresarial, 3) La conciliación se conecta, de nuevo, con la igualdad de género, integrándose la figura paterna en el reparto de responsabilidades. El resultado de esta evolución, es la Directiva 2019/1158, que ha conseguido que la conciliación de la vida profesional y familiar tenga un reconocimiento autónomo en el acervo comunitaria e incorpora mecanismos para favorecer la conciliación de la vida familiar y profesional: el permiso de paternidad, el permiso parental y el permiso cuidadores, permiso por fuerza mayor, permiso para cuidadores y ausencia del trabajo por causa de fuerza mayor, fórmulas de trabajo flexible para los trabajadores que sean progenitores o cuidadores, así como también medidas de protección de los trabajadores en el ejercicio de sus derechos de conciliación (laborales, discriminación y frente al despido). En definitiva, se advierte en estas políticas de conciliación un claro tránsito hacia la corresponsabilidad de los progenitores en el disfrute de los permisos.

PALABRAS CLAVE: conciliación, igualdad de género, permiso de paternidad, parental, cuidadores y ausencia del trabajo por causa de fuerza mayor, trabajo flexible, protección frente al despido.

ABSTRACT

Work life balance policies at EU has been developed in three different stages in order to improve and make work and life conditions more compatible. 1) Gender equality is linked to promoting the sharing of responsibilities between women and men in the private sphere, 2) Is characterised by the link between work-life balance and the labour market and business competitiveness, 3) Work-life balance is again linked to gender equality. Fathers are involved in the sharing of responsibilities. The result of this development is Directive 2019/1158, which has achieved autonomous recognition of work-life balance in the *acquis communautaire* and includes mechanisms to promote work-life balance. Mechanisms to facilitate the reconciliation of work and family life are included: paternity leave, parental leave and care leave, care leave and force majeure leave, flexible working arrangements for workers who are parents or carers, as well as measures to protect workers in the exercise of their reconciliation rights (employment, discrimination and dismissal).

KEYWORDS: Work life balance, gender equality, paternity leave, parental leave, care leave and force majeure leave, flexible working, protection of workers (employment, discrimination and dismissal).

1. EVOLUCIÓN DE LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y PROFESIONAL EN LA NORMATIVA EUROPEA

La Unión Europea ha desarrollado una amplia y variada normativa en el ámbito de la conciliación de la vida personal y laboral, dirigida a que los Estados miembros incorporen en sus legislaciones, medidas destinadas a mejorar y hacer más compatibles las condiciones de vida y trabajo¹.

La conciliación de la vida familiar y personal con la profesional está presente en la agenda de la Unión, desde la década de los noventa del siglo pasado y, en la actualidad, denota una incipiente preocupación por un ejercicio efectivo y equilibrado de este derecho.

La Unión Europea ha reiterado en numerosas ocasiones y documentos, la necesidad de la conciliación de la vida laboral y familiar. La evolución normativa de la UE de los derechos de conciliación de la vida personal y familiar con el trabajo es amplia y variada. Se observa una evolución en la que se distingue una primera etapa, exenta de formulación normativa, aunque conectada directamente con la igualdad de género y la incentivación del reparto de responsabilidades de mujeres y hombres en el ámbito privado. Una segunda etapa, que se correspondería con el comienzo de los años 90, en la que la conciliación se desarrolla a nivel normativo y se distancia respecto de la igualdad de género, vinculándose sobre todo al mercado de trabajo y la competitividad empresarial, y una tercera etapa, en la que se advierte de nuevo una reconexión de la conciliación con la igualdad de género, integrándose la figura paterna en el reparto de responsabilidades.

Tras esta evolución llegamos a la etapa actual, protagonizada por la Directiva 2019/1158 UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019², relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental propuesta de Directiva sobre conciliación de la vida laboral y familiar. Esta norma europea marca un cambio en el planteamiento de la conciliación: fomenta la corresponsabilidad, establece nuevos instrumentos jurídicos más allá de los permisos parentales clásicos, desvinculando la conciliación de la seguridad y salud, e insistiendo en la necesidad de sustentar esta materia con los interlocutores sociales. En definitiva, supone un paso relevante en el camino de la conciliación y de la igualdad, si bien queda mucho por recorrer.

1 Montoya Melgar, A., *Derecho del Trabajo*, 43ª ed., revisada y actualizada, Ed. Tecnos, Madrid, 2023.

2 DOUE 12-07-2019. El plazo de transposición de la Directiva se extiende hasta el 2 de agosto de 2022, No obstante, lo dispuesto en el apartado 1 del presente artículo, para la remuneración o la prestación económica correspondientes a las últimas dos semanas del permiso parental previsto en el artículo 8, apartado 3, los Estados miembros pondrán en vigor disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para cumplir la presente Directiva a más tardar el 2 de agosto de 2024. Informarán de ello inmediatamente a la Comisión.

1.1. Primera etapa: La igualdad de género se conecta con la incentivación del reparto de responsabilidades de mujeres y hombres en el ámbito privado

En los primeros años de andadura europea, no existía un referente normativo específico que regulase derechos de conciliación; por el contrario, las medidas conciliatorias se relacionaban con el principio de igualdad retributiva.

Así el art. 119 TCE declaraba expresamente la “igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo” y constituía, por tanto, la base jurídica específica para la aprobación de la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, 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.

Un año más tarde, el Consejo aprueba la Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero, relativa a la aplicación de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional y a las condiciones de trabajo que extiende la prohibición de la discriminación por razón de sexo, al resto de las situaciones laborales³. Otro avance importante de la Directiva relacionado con las mujeres trabajadoras es que su art. 2.3 declara que las medidas legales de protección de la maternidad (durante el embarazo y después del alumbramiento) en los Estados miembros son una excepción justificada a la igualdad de trato.

A final de la década de los ochenta se incluyen referencias específicas sobre la conciliación familiar y profesional en la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales, de 19 de diciembre de 1989, cuyo art. 16 invita a desarrollar medidas “que permitan a hombres y mujeres compaginar más fácilmente sus obligaciones profesionales y familiares”. Esta declaración de derechos sociales, sin efectos jurídicos vinculantes en los Estados miembros, se acompaña, pocos años después, de dos Directivas que si integran derechos subjetivos concretos.

En primer lugar, la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre, 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 periodo de lactancia y que contempla una excepción al principio de igualdad formal que se justifica en razón de la condición biológica de la madre y que viene a evitar la situación discriminatoria que supondría la aplicación de un mismo régimen jurídico a situaciones de hecho diferentes⁴. Sus características esenciales son, básicamente, dos: 1) atiende a la protección de la

3 El objetivo era evitar la ventaja competitiva de aquellos Estados cuyos salarios femeninos eran inferiores respecto de los masculinos por un trabajo de igual valor, en Pérez Campos, A.I., “Los derechos de conciliación de la vida personal y familiar con el trabajo: evolución legislativa”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 133, 2017 pág. 42.

4 Conviene precisar que la citada Directiva comunitaria es una directiva específica de la Directiva marco 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores, cuyo art. 15 establecía la necesidad de protección específica de grupos de trabajadores expuestos a riesgos entre los que se debía incluir a las mujeres embarazadas y a las madres lactantes. En este sentido, la sentencia de 12 de julio de 1984, Hoffmann, asunto C-184/83, el Tribunal de Justicia confirma n la legitimidad de “las necesidades específicas de la mujer asegurando la protección de su condición biológica durante el embarazo y posteriormente hasta que sus funciones biológicas y mentales hayan vuelto a la normalidad y la relación especial entre una mujer y su hijo en el período que sigue a embarazo y nacimiento”.

LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y PROFESIONAL EN LA UNIÓN EUROPEA

seguridad y salud de las trabajadoras en un doble sentido, primando la tutela de su salud y otorgando cuidados necesarios al menor⁵ y 2) determina derechos de titularidad exclusivamente femenina, en tanto que desarrolla la normativa preventiva que considera la situación de embarazo como una situación de necesidad y protección de las mujeres trabajadoras⁶.

En definitiva, la norma comunitaria establece numerosos requisitos sobre salud y seguridad en el centro de trabajo para proteger a la trabajadora embarazada, contempla, “la duración mínima del permiso de maternidad por un periodo de catorce semanas ininterrumpidas, de las cuáles dos semanas son de carácter obligatorio, que pueden ser disfrutadas antes o después del parto” (art. 8 92/85/CEE), garantiza que la mujer mantendrá los derechos inherentes a su contrato de trabajo [11.2.a) Directiva 92/85/CEE] y prohíbe expresamente el despido durante el embarazo y durante el disfrute del permiso de maternidad (art. 10 Directiva 92/85/CEE). Por lo que respecta a la cobertura económica del permiso de maternidad, reconoce el derecho de la madre a recibir una retribución o prestación económica “adecuada” [art. 11.2.b) 92/85/CEE].⁷

Años después vio la luz la Directiva 93/104/CE, de 23 de noviembre de 1993, sobre ordenación del tiempo de trabajo, destacando como cuestión fundamental la necesidad de conciliar la vida profesional y personal⁸.

Por su parte, la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental, celebrado el 14 de diciembre de 1995 por la UNICE (Unión de Confederaciones de la Industria de Europa), CEEP (Centro Europeo de la Empresa Pública) y la CES (Confederación Europea de Sindicatos), se considera “la primera muestra de un enfoque integrador de la maternidad-paternidad y las responsabilidades familiares”⁹. En efecto, esta norma, fruto del diálogo

5 Gorelli Hernández, J, lo denomina “protoconciliación”, es decir, la fase previa a la conciliación en “Un análisis normativo de la evolución de las políticas de conciliación en la Unión europea. De la maternidad a la corresponsabilidad”, *Femeris*, vol. 7 núm. 2, págs. 14-15.

6 Ballester Pastor, M.A., “Conciliación laboral y familiar en la Unión Europea: rémora, avances y nuevas líneas de tendencia en el ámbito de la corresponsabilidad”, *Revista de Derecho Social*, núm. 51, 2010, pág. 39.

7 Durante la década de 1990 se produce un cambio legislativo en relación al objetivo de protección de la madre trabajadora y la necesidad de conciliar el cuidado de los hijos con el trabajo. Así pues, se pasa de entender la conciliación como una finalidad relevante para la normativa comunitaria, si bien más relacionada con la promoción de la mujer en el empleo que con la igualdad real de oportunidades. A este respecto destaca la Recomendación del Consejo de 31 de marzo de 1992, sobre el cuidado de los niños y las niñas Recomendación 92/241/CE del Consejo, de 31 de marzo de 1992, sobre el cuidado de los niños y de las niñas (Diario Oficial L 123 de 8.5.1992). A pesar de tratarse de una norma no obligatoria, resulta relevante, en la medida en que resalta la enorme correspondencia entre el reparto equitativo de las responsabilidades derivadas del cuidado de los hijos y del hogar y el principio de igualdad de oportunidades en el empleo para hombres y mujeres

8 Esta Directiva se modificará por la 2000/34/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, para incluir los sectores y las actividades inicialmente excluidos. Y posteriormente, ha sido derogada por la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010 por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESS EUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES.

9 Aguilera Izquierdo, R., “Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. extra 2, 2007, págs. 69-119.

social pone fin al exclusivo disfrute de la licencia parental por parte de la madre en algunos Estados miembros declarando el derecho a un permiso individual de los trabajadores, hombres o mujeres, por motivo de nacimiento o adopción de un hijo¹⁰.

En esta década, la Unión Europea también avanza en el objetivo hacia una mayor flexibilidad laboral, aprobando la Directiva 1997/81/CE, de 15 de diciembre de 1997, sobre trabajo a tiempo parcial, que establecía un marco general para la eliminación de discriminaciones en relación con la conciliación, de los trabajadores a tiempo parcial. El trabajo a tiempo parcial se ha venido considerando como una de las modalidades de empleo que mejor facilita la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, y así queda dispuesto en su quinto considerando.

1.2. Segunda etapa: La conciliación se vincula al mercado de trabajo y a la competitividad empresarial

Las políticas de conciliación de la vida personal y familiar con el trabajo surgen como resultado del Consejo Europeo Extraordinario sobre Empleo celebrado en Luxemburgo en el año 1997. Este Consejo reconoce que los países miembros de la UE deben asumir una nueva estrategia en materia de empleo, como es la de fomento del empleo femenino. Esta estrategia política toma el nombre de conciliación y se materializa en un conjunto de directivas orientadas a promover los permisos laborales y los servicios de atención a la vida diaria.

En consecuencia, la conciliación, pasa a tener una posición neurálgica tras la aprobación del Tratado de Ámsterdam, en la medida en que vinculó como aspectos inseparables la empleabilidad y la conciliación.

A partir de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, la Unión Europea cuenta con nuevos fundamentos jurídicos en el derecho primario para la promoción de la igualdad de género más allá de la no discriminación retributiva (arts. 2, 3.2, 13, y 141 TCE). Los nuevos preceptos consagran el principio de igualdad entre hombre y mujer como objetivo fundamental de la Unión y vienen a reconocer la conveniencia de las medidas de acción positiva en los Estados miembros para garantizar la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral y “facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales” (art. 141.3 TCE).

También cabe destacar la aprobación de las Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, que establece un marco general para la igualdad de trato en el empleo, y la Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.

¹⁰ La Directiva 96/34/CE integra un acuerdo de mínimos que ha permitido a los Estados miembros un amplio margen de discrecionalidad en su implementación lo que, a su vez, ha contribuido a la persistencia de un panorama legislativo muy heterogéneo, en Pérez Campos, A.I., “Los derechos de conciliación de la vida personal y familiar con el trabajo: evolución legislativa”, cit., pág. 47.

Por su parte, la Directiva 2002/73, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres para acceder al empleo, a la formación, a la promoción profesional y a las condiciones de trabajo. La citada norma contiene disposiciones relacionadas con el derecho al reingreso tras la finalización del permiso de maternidad, y el derecho a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubiera podido tener derecho durante su ausencia por dicho permiso, proponiendo también infraestructuras y servicios encaminados a facilitar la conciliación.

En esta línea, a comienzos del nuevo siglo XXI continúan adoptándose medidas a favor de la conciliación de la vida familiar y laboral, en cuyo ámbito normativo cabe destacar:

Las sucesivas convocatorias de las Cumbres Europeas de Empleo —celebradas al amparo del nuevo Título de Empleo aprobado por el Tratado— traducirían en actuaciones concretas las propuestas programáticas del mismo. El lanzamiento de la Estrategia de Lisboa para el Crecimiento y el Empleo en el año 2000 supone la inclusión de la política de conciliación de la vida familiar y laboral, también entre los objetivos estratégicos de la política de empleo. No obstante, advertidas las dificultades, la Comisión Europea fija, dentro de la Estrategia Europa 2020 «una agenda para nuevas cualificaciones y empleos», instando a los Estados miembros a ejecutar planes nacionales de flexiseguridad (conjugación de flexibilidad y seguridad en el trabajo) con objeto de reducir la segmentación del mercado laboral y facilitar las transiciones, así como facilitar la conciliación entre vida laboral y familiar.

En 2006 se aprueba la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación¹¹.

Además, y en lo que respecta a la conciliación, el preámbulo de la Directiva insta a los Estados miembros a adoptar reglamentaciones flexibles sobre la jornada laboral y “reglamentaciones adecuadas sobre permiso parental, que puedan solicitar tanto los padres como las madres, y la creación de instalaciones accesibles y asequibles para el cuidado de los niños y la asistencia a personas dependientes”. También habría que destacar que, en su art. 16, la Directiva prevé el mismo nivel de protección para el trabajador padre que ejerce su derecho al permiso de paternidad que el que tradicionalmente se concedió a la mujer que disfrutase del permiso de maternidad, declarando, en consecuencia, que los Estados miembros deben proteger al padre trabajador frente al despido motivado por el ejercicio de tal derecho y garantizar el derecho a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente en condiciones que no le resulten menos favorables y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubiera tenido derecho durante su ausencia.

¹¹ No se trata de una norma que realice una considerable aportación a la conciliación entre la vida profesional y familiar, ni cuantitativa ni cualitativamente, sin embargo, sí contienen pequeñas pinceladas al respecto que suponen un importante avance en este sentido.

1.3. Tercera etapa: la conciliación se “conecta”, de nuevo, con la igualdad de género, integrándose la figura paterna en el reparto de responsabilidades

En el año 2008 la Comisión abre un periodo de consultas con los interlocutores sociales europeos sobre la manera de actualizar el marco legislativo europeo de la conciliación y, concretamente, la legislación sobre protección de la maternidad y permiso parental, así como sobre la posibilidad de introducir nuevos tipos de permisos familiares como el permiso de paternidad (breve permiso para padres en torno al nacimiento o adopción de un niño), permiso por adopción (para madres en torno a la adopción de un niño) y permiso filial (para cuidado de familiares dependientes)¹².

El desarrollo de estas consultas dio lugar a una nueva Directiva sobre permiso parental. La Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010 por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESS EUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, que perseguía mejorar la conciliación de la vida profesional, privada y familiar para los trabajadores con hijos y la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo. (Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental y que deroga finalmente la anterior directiva 96/34 CE.)¹³. La Directiva viene a poner de manifiesto que la conciliación no puede ser reducida a la maternidad, y en consonancia, que las disposiciones que protegen la maternidad no pueden sustituir a los específicos permisos parentales¹⁴. En efecto, se trata de la primera Directiva que afronta la cuestión de la conciliación de la vida laboral y familiar¹⁵, estableciendo medidas neutras, auténticos derechos individuales, sin titularidad exclusiva, que pueden reconocerse tanto a hombre como mujeres trabajadoras¹⁶.

12 La Comisión pretende dar un nuevo impulso a la política conciliatoria de la UE proponiendo en su Comunicación “Un mejor equilibrio en la vida laboral: más apoyo a la conciliación de la vida profesional, privada y familiar”, de 3 de octubre de 2008, un paquete de medidas conciliatorias («*work-life balance package*») entre las que destacan la consolidación del derecho de los trabajadores al permiso por motivos familiares, la equiparación de los trabajadores autónomos y sus cónyuges colaboradores en el ejercicio del derecho a los permisos por motivos familiares y la actualización del compromiso de la propia Comisión respecto a los objetivos de atención a la infancia marcados en el Consejo Europeo de Barcelona de 2002. Con estos mimbres inicia el periodo de consultas con los interlocutores sociales, fruto del cual se aprueba la Directiva 2010/18 UE.

13 La cláusula 1.1 proclama como fin del Acuerdo “*facilitar la conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales a los trabajadores con hijos, teniendo en cuenta la diversidad cada vez mayor de las estructuras familiares y respetando al mismo tiempo la legislación, los convenios o los usos nacionales*”. En su preámbulo viene establecida una relación directa entre las medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en cuestiones de empleo, haciendo referencia expresa a la Estrategia de Lisboa para el Crecimiento y el Empleo. De esta manera las medidas conducentes a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral vuelven a quedar subordinadas a intereses relativos al incremento del empleo, es decir, a intereses económicos.

14 Pérez Campos, A.I. “Los derechos de conciliación de la vida personal y familiar con el trabajo: evolución legislativa”, cit., pág. 47.

15 Aguilera Izquierdo, R. y Cristóbal Roncero, R., “Las políticas de conciliación de la vida laboral y familiar y su desarrollo normativo”, *Tribuna Social*, núm. 134, 2002, pág.15.

16 Gorelli Hernández, J., “Un análisis normativo de la evolución de las políticas de conciliación en la Unión europea. De la maternidad a la corresponsabilidad”, cit., pág. 18.

LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y PROFESIONAL EN LA UNIÓN EUROPEA

En cuanto a sus características más destacables, conviene señalar las novedades formales y materiales que presenta. Así:

- a. desde una perspectiva formal, todo el contenido de la Directiva está redactado de forma neutra. Reconoce un mínimo derecho de permiso parental, consistente en un permiso de cuatro meses para el cuidado de hijos menores de ocho años, de los cuales, al menos un mes, debe tener carácter intransferible y que podrá disfrutarse a tiempo completo o parcial (cláusula 2 de la Directiva 2010/18/UE). Ahora bien, este permiso no se configura como un derecho para el cuidado de otros familiares dependientes sino solo para los hijos, nacidos o adoptados.
- b. Por lo que se refiere al ámbito material, se incorporan avances muy relevantes:
 - De un lado, posibilita que el empleador/a posponga la concesión del permiso parental por razones justificables relacionadas con el funcionamiento de la organización [cláusula 3.1.c) 2010/18/UE]¹⁷.
 - De otro, sin duda más importante, se configura, de forma obligatoria, el carácter intransferible el permiso parental que ya había quedado formulado como objetivo en la Directiva 96/34/CE, si bien su configuración obligatoria aparece por primera vez en la Directiva 2010/18/UE (cláusula 2.2 supra). Este uso privativo del derecho tiene como objetivo que el permiso no acabe recayendo en uno solo de los miembros de la unidad familiar. Pretende promover el reparto y corregir, desde una perspectiva de género, los efectos perversos que puede tener la propia configuración de los permisos parentales.

Se avanza en la idea de allanar el ejercicio del permiso parental. Se apuesta por un desarrollo efectivo y equilibrado. Se concluye que, si los permisos parentales conjuntos no son disfrutados por ambos progenitores, se perpetuará el alejamiento de las mujeres del mercado de trabajo, aumentará la segregación y la brecha salarial. En este sentido, el legislador europeo va avanzando en la idea de la corresponsabilidad, por parte de ambos progenitores, en el ejercicio de los permisos por cuidado de hijo y/o familiar.

A pesar de la relevancia que va adquiriendo la conciliación de la vida laboral y personal debemos acudir a disposiciones diversas para advertir la regulación de los principios e instrumentos que permiten a los trabajadores, de ambos sexos, conciliar las responsabilidades correspondientes a su vida laboral y familiar.

La aprobación del Pilar Europeo de Derecho Sociales en 2017¹⁸ supone un avance en materia de conciliación en el ámbito europeo. En efecto, en la cumbre social de Gotemburgo se proclama el derecho de los ciudadanos de la UE al equilibrio entre la vida profesional y vida privada, precisando

¹⁷ Se eliminan las referencias ejemplificativas de las posibles justificaciones de la oposición empresarial que antes se contenían en la Directiva 96/34/CE. Se trataría de una modificación relevante porque ya no cabrían situaciones presuntas que admiten la oposición empresarial, sino que será necesario que se motive o justifique, en cada caso, la negativa empresarial.

¹⁸ Proclamado en la cumbre social de Gotemburgo por el Parlamento europeo, el Consejo y la Comisión el 17 de noviembre de 2017.

LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y PROFESIONAL EN LA UNIÓN EUROPEA

do que “los padres y las personas con responsabilidades asistenciales tienen derecho a los permisos adecuados, a unas condiciones de trabajo flexibles y a servicios de asistencia. Las mujeres y los hombres deben tener igualdad en el acceso a permisos especiales para cumplir con sus responsabilidades asistenciales y debe animárseles a utilizarlos de forma equilibrada”. Para lograr este propósito, es imprescindible reforzar la accesibilidad y la calidad de los servicios públicos de atención a menores y familiares enfermos o dependientes con el fin de que las personas con deberes de cuidado, no se alejen, total o parcialmente, del mercado de trabajo¹⁹. Con esta redacción, el principio 9 del Pilar Europeo de Derechos Sociales viene no sólo a reforzar el objetivo de la corresponsabilidad, sino también a sugerir el derecho a la adaptación de jornada.

En este contexto, se aprueba la Directiva 2019/1158 UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019²⁰, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo que de 8 de marzo de 2010 por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental. A diferencia de la anterior, la Directiva 2019/1158 no tiene su origen en un acuerdo marco, lo que trasluce las dificultades en torno a esta materia, principalmente centradas en el coste económico que la ampliación de las medidas de conciliación conlleva.

En todo caso, la Directiva 2019/1158 presenta importantes novedades con respecto a sus antecesoras: 1) Amplía el alcance de las medidas de conciliación, incluyendo no solo las tareas de crianza y educación de hijos si no también la atención de familiares mayores, enfermos o dependientes, 2) Señala como objetivo explícito de conciliación “el bienestar y los derechos de los menores”, aunque su finalidad principal sea “lograr los derechos lograr la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo, facilitando a los trabajadores que sean progenitores o cuidadores la conciliación de la vida familiar y profesional” (art. 1 Directiva 2019/1158), es decir, favorecer y mejorar las condiciones de las medidas de conciliación para apoyar la trayectoria profesional de la mujer, 3) Se incorporar la “flexibilidad” en el disfrute y en la titularidad de los distintos permisos²¹.

En definitiva, la Directiva 2019/1158, en concordancia con el principio de igualdad en el Derecho de la Unión Europea (arts. 2 y 3.3 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), ha conseguido que la conciliación de la vida laboral y familiar obtenga un reconocimiento autónomo en el acervo comunitario²².

19 Nieto Rojas, P., “La transposición de la Directiva 2019/1158 de conciliación de la vida familiar y la vida profesional a través del RDL 5/2023”, *Revista de Estudios Jurídicos Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 7, mayo-junio 2023, pág. 78.

20 DOUE 12-07-2019. El plazo de transposición de la Directiva se extiende hasta el 2 de agosto de 2022. No obstante, lo dispuesto en el apartado 1 del presente artículo, para la remuneración o la prestación económica correspondientes a las últimas dos semanas del permiso parental previsto en el artículo 8, apartado 3, los Estados miembros pondrán en vigor disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para cumplir la presente Directiva a más tardar el 2 de agosto de 2024. Informarán de ello inmediatamente a la Comisión.

21 López Álvarez, M.J., “Conciliación y corresponsabilidad en el ordenamiento jurídico comunitario”, *Revista Galega de Dereito Social*, núm. 9, 2019, págs. 159-163.

22 Ciertamente es que la conciliación ya aparece recogida en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (LCEur 200/3480, DOUE 18 de diciembre 2000, núm. 364), cuyo art. 33 establece de forma expresa “toda persona tiene derecho (...) a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental con motivo del nacimiento o adopción de un niño” con el fin de poder conciliar vida familiar y vida profesional.

2. MECANISMOS PARA FAVORECER LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL FAMILIAR Y PROFESIONAL

En los últimos años en la Unión Europea se ha producido un efecto de visualización de la cuestión de la «conciliación-corresponsabilidad» tanto en el ámbito normativo como en los pronunciamientos del TJUE²³. En este sentido, la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE ha supuesto una oportunidad en un contexto de reforma estructural de la protección de las familias, instando a un incremento en la corresponsabilidad de los hombres en la «tareas de cuidado»²⁴.

En efecto, la Directiva (UE) 2019/1158 es una norma de la Unión Europea que pretende establecer garantías para las personas trabajadoras con responsabilidades de cuidado a través de la regulación de medidas que fomenten la corresponsabilidad.

En tal sentido, dispone derechos individuales de los trabajadores²⁵ en un doble ámbito, el permiso de paternidad, el permiso parental y el permiso para cuidadores y fórmulas de trabajo flexible para los trabajadores que sean progenitores o cuidadores. Como recuerda la Estrategia para la igualdad de Género 2020-2025 de la Comisión Europea “mejorar la conciliación de la vida privada y de la vida profesional de los trabajadores es una de las formas de abordar las diferencias entre hombres y mujeres en el mercado de trabajo”²⁶.

La Directiva 2019/1158 supone, por tanto, una clara expansión del ámbito de derechos vinculados al cuidado, articulando no sólo permisos parentales, sino también configurando un derecho a acceder a mecanismos de trabajo flexible para que el trabajador se ocupe de sus obligaciones de cuidado. Además, el texto europeo destaca obligatoriedad de los poderes públicos de eliminar cualquier desventaja o merma en términos de mejora y progreso que pueda afectar a las carreras

23 STJUE 08-05-20219, C-468/18, Asunto Praxair.

24 Nieto Rojas, P., “La transposición de la Directiva 2019/1158 de conciliación de la vida familiar y la vida profesional a través del RDL 5/2023”, *Revista de Estudios Jurídicos Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, cit., pág. 78.

25 Repárese que el concepto de relación laboral configurado por la jurisprudencia del TJUE tiene diferentes manifestaciones dependiendo de la materia que trate. En materia de permisos parentales, el TJUE, en su sentencia de 16 de junio de 2016, C-351/14, asunto Rodríguez Sánchez, interpretó que estaban incluidas en el ámbito de aplicación de la Directivas 2010/18 las personas socias de cooperativas que prestaban servicios para éstas., acernado el concepto de trabajador por cuenta ajena a efectos de aplicar las anteriores Directivas de permiso parentales. En todo caso, de ello, no puede derivarse que exista un concepto claro y unívoco. Por todos, Sánchez Urán azaña, y., “El concepto de trabajador en el contexto de la protección flexible del derecho del trabajo en la Unión Europea”, *La Ley Unión Europea*, núm. 50, 2017.

26 COM (2020) 52 final. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las regiones. Una Unión de la Igualdad: Estrategia para la Igualdad de género 2020-2025.

profesionales de las personas que se ocupan de manera informal de las tareas de cuidado de familiares o dependientes²⁷.

2.1. El permiso de paternidad, el permiso parental y el permiso para cuidadores

2.1.1. Permiso de paternidad

La Directiva 2019/1158 recoge el permiso por paternidad, como una cesación temporal de la prestación de trabajo “a la que pueden acogerse los padres” o “un segundo progenitor equivalente con ocasión del nacimiento de un hijo a fin de facilitarle cuidados” (art. 3 Directiva 2019/1158).

Reconoce, así, un derecho individual de disfrute del permiso con ocasión del nacimiento del hijo al padre o al segundo progenitor, cuando y en la medida en que esté reconocido por la legislación nacional²⁸. Se trata de un permiso, que se regula de forma autónoma y diferenciada, frente al permiso parental y en clara paralelismo con la licencia por maternidad.²⁹

El art. 4 de la Directiva 2019/1158 regula el contenido del permiso por paternidad, favoreciendo que los padres atiendan a las responsabilidades generadas por el nacimiento de un hijo (se excluyen, por tanto, otras realidades como la adopción o el acogimiento, para lo que sólo quedaría la posibilidad del permiso parental). En concreto, el permiso por paternidad da derecho a ausentarse durante 10 días laborables, siendo los Estados miembros quienes determinen qué parte del permiso se disfruta “antes o únicamente después del nacimiento del niño”, y también si permiten que tal permiso “pueda disfrutarse con arreglo a fórmulas flexibles”.

Se trata de una ausencia retribuida (art. 8.1 y 2 Directiva 2019/1158), pues la misma genera derecho a percibir una remuneración o una prestación económica, que deberá “garantizará unos ingresos al menos equivalentes a los que percibiría el trabajador de que se trate en caso de interrupción de sus actividades por motivos relacionados con su estado de salud, supeditado a cualquier límite que establezca la legislación nacional”. No obstante, el art. 8.2 de la Directiva 2019/1158) dispone que los “Estados miembros podrán supeditar el derecho a una remuneración o a una prestación económica

27 Nieto Rojas, P., “La transposición de la Directiva 2019/1158 de conciliación de la vida familiar y la vida profesional a través del RDL 5/2023”, *Revista de Estudios Jurídicos Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, cit., pág. 82.

28 Ciertamente con anterioridad la Directiva 2006/54 contemplaba en su art. 16 que los Estados miembros podían reconocer un permiso de paternidad, pero lo cierto es que no lo regulaba, limitándose a señalar que si tales Estados lo regulaban, debían también tutelar a quienes lo disfrutaban frente al despido, así como reconocer el derecho a reintegrarse a su puesto de trabajo o uno equivalente y beneficiarse de las mejoras en las condiciones de trabajo que hubiesen nacido durante la ausencia motivada por disfrutar el permiso.

29 Ésta es una precisión importante y la jurisprudencia comunitaria ha marcado con claridad la distinción entre la licencia por maternidad y el permiso parental, si bien justificándolo en la finalidad tradicional atribuida a la licencia de maternidad de procurar la recuperación física de la madre y “salvaguardar las especiales relaciones entre la mujer y su hijo” (STJUE 19 de septiembre de 2013, asunto *Betriu Montull*, C-5/12).

a períodos de trabajo previos”, que, en ningún caso “podrán superar los seis meses inmediatamente anteriores a la fecha de nacimiento del hijo prevista”. De este modo la Directiva abre la posibilidad de que existan situaciones en que una persona tenga derecho al permiso de paternidad, aunque sin derecho a compensación alguna si no cumple el requisito del período de carencia que pudiera establecer el Estado miembro”³⁰.

En este sentido, cabe recordar que, en su momento, se intentó incorporar el permiso por paternidad a la Directiva 92/85 como un mecanismo de fomento de la corresponsabilidad dirigido a favorecer que el padre compartiera las responsabilidades del cuidado. En efecto, se pretendía, tal y como ahora regula nuestra legislación³¹, un tratamiento conjunto del permiso por paternidad y maternidad, equiparando uno con otro, para fomentar la igualdad de género y la corresponsabilidad. Sin embargo, esta iniciativa no prevaleció, incorporándose el permiso por paternidad en la actual Directiva 2019/1158.

Ciertamente, el permiso por paternidad, tal y como hoy se recoge en la norma de la UE, dista mucho del objetivo pretendido. No sólo por los días de permisos que se prevén que, claramente, no casan con el fomento de la corresponsabilidad y el reparto de responsabilidades, sino por la ausencia de elementos no obligatorios en la regulación, remitiendo a los Estados miembros cuestiones de considerable relevancia, así como también por la protección que opera frente al despido ya que, en cierta forma, el permiso por paternidad se asemeja al resto de permisos regulados en la Directiva 2019/1158, lo que podría implicar, una protección menor. En todo caso, el TJUE ha interpretado con claridad el derecho de no afectación o no perjuicio en el ejercicio de los derechos de conciliación, en general, y del permiso por paternidad, en particular³².

2.1.2. Permiso parental

El permiso parental se articula como una “ausencia del trabajo”, en los términos que emplea el art. 1 b) e la Directiva 2019/1158, para fomentar el reparto de responsabilidades entre progenitores y favorecer de forma efectiva el cuidado corresponsable del menor.

Se regula en el art. 5 de la Directiva 2019/1158 para garantizar que cada trabajador-progenitor de hijos menores de una edad máxima de ocho años tenga un derecho individual a disfrutar de un permiso para cuidar de su hijo. Este derecho se reconoce tanto a los progenitores por nacimiento como por adopción para su cuidado. Se establece, por tanto, como un derecho individual de los

30 Ballester Pastor, M.A., “De los permisos parentales a la conciliación: expectativas creadas por la Directiva 2019/1158 y su transposición al ordenamiento español, *Derecho de la Relaciones Laborales*, núm. 119, pág. 1119.

31 RDL 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

32 STJUE de 8 de mayo de 2019, C-486/18, asunto Praxair.

LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y PROFESIONAL EN LA UNIÓN EUROPEA

trabajadores, con carácter intransferible de una parte de este para incentivar su utilización equilibrada de ambos progenitores. Será cada Estado miembro quien fije los mecanismos y exigencias para su disfrute a través de la ley nacional o del convenio colectivo. En todo caso, la Directiva 2019/1158 configura, con carácter general, las reglas mínimas para proceder a su disfrute, a saber:

- Duración de cuatro meses, si bien se exige que, de estos cuatro, dos meses no puedan ser transferidos al otro progenitor, de forma que puedan ejercer su derecho de manera efectiva y en condiciones equitativas³³.
- Preaviso del trabajador al empleador en “un plazo razonable” para ejercer su derecho al permiso parental, indicando la fecha de inicio y de fin de período del permiso (art. 5.3 Directiva 2019/1158).
- Antigüedad en la empresa de un año³⁴.

A pesar de los requisitos que se disponen para el disfrute del permiso parental, la Directiva 2019/1158 permite, en su art. 5.5, que el empresario aplase su disfrute debido a la alteración del “buen funcionamiento de la empresa”, previa justificación por escrito de la causa que determina el aplazamiento del permiso³⁵. Asimismo, el empresario propondrá fórmulas flexibles de su disfrute para garantizar que el permiso parental no se pierda. Sin embargo, puede ocurrir que su aplazamiento suponga la pérdida de su finalidad³⁶. Del art. 5 de la Directiva no se desprende con claridad la determinación de estas fórmulas flexibles de disfrute del permiso parental. Parece que el legislador europeo se aparta en este punto de los mecanismos establecidos en el art. 9 y está pensando más en cualquier otra forma que permita flexibilizar el disfrute del permiso parental con el trabajo, por ejemplo, su disfrute a tiempo parcial. Aunque a norma comunitaria no se pronuncia de forma clara en estos términos, el disfrute del permiso en modalidades flexibles ha sido expresamente amparado por la jurisprudencia comunitaria. Así, la STJUE de 22 de octubre de 2009, asunto Meers³⁷, señalaba que “las medidas dirigidas a conciliar la vida profesional y la vida familiar deben fomentar la introducción en los Estados miembros de modos flexibles de organización del trabajo y del tiempo, más adaptados a las necesidades cambiantes de la sociedad”. En la misma línea, la STJUE de 27 de

33 Rodríguez Escanciano, S., *Diario La Ley*, Sección Tribuna, 24 de marzo de 2020, La Ley 2768/2020.

34 En este sentido, la Directiva UE dispone también la situación de los trabajadores con contrato temporal, admitiendo que “cuando existan sucesivos contratos de duración determinada en los términos de la Directiva 1999/70 CE del Consejo con el mismo empleador, “deberá tenerse en cuenta la suma de todos ellos para el cálculo del período de trabajo”.

35 STJUE de 4 de junio de 2020, Asunto FETICO.

36 Señala Ballester Pastor, M.A., que “lo que está haciendo el artículo 5 en sus apartados 5 y 7 sea ofrecer excusas válidas para que el empresario pueda legítimamente oponerse al permiso parental solicitado por el trabajador”, en “De los permisos parentales a la conciliación: expectativas creadas por la Directiva 2019/1158 y su transposición al ordenamiento español, cit., pág. 1123.

37 C-116/08.

febrero de 2014, asunto Lyreco Belgium³⁸, entiende que “cuando se permite a los trabajadores escoger entre el disfrute del permiso parental a tiempo completo o a tiempo parcial, los que opten por esto último no puede ver desfavorecidos”; ello supondría apartarse del objetivo de flexibilidad que persigue la norma europea. En todo caso, el TJUE confirma, en su sentencia de 8 de mayo de 2019, asunto Praxair³⁹, que “el ejercicio de derechos de conciliación no puede suponer ningún perjuicio a la persona peticionaria”.

En todo caso, las fórmulas de trabajo flexible también pueden ser solicitadas a instancia propia del trabajador (art. 5.6 Directiva 2019/1158). Si lo hiciera, el empresario deberá atender la solicitud “teniendo en cuenta tanto sus propias necesidades como las de sus trabajadores”. Su eventual denegación deberá realizarse por escrito y en un plazo razonable desde su presentación⁴⁰.

Por lo que se refiere a su retribución, el art. 8.1 de la Directiva 2019/1158 establece las bases para garantizar que los trabajadores que ejerzan su derecho a disfrutar del permiso parental reciban una prestación económica, que será definida por el Estados miembro o los interlocutores sociales, “de manera que se facilite que ambos progenitores puedan disfrutar del permiso parental”. Este derecho a una remuneración o una prestación adecuada es esencial para al adecuado disfrute del permiso, Es cierto es que la directiva no establece una garantía retributiva mínima, pero su concesión sin retribución dejaría sin eficacia el objetivo de corresponsabilidad que pretende.

2.1.3. Permiso para cuidadores

La Directiva 2019/1158 regula el permiso para cuidadores. Ahora bien, este permiso no está pensado para el cuidado continuado de un dependiente, sino para prestar cuidados o ayuda personal a una familiar o a una persona que viva en el mismo hogar que el trabajador y que necesite asistencia o cuidados importante por un motivo médico grave [art. 3.1 c) Directiva 2019/1158].

En efecto, el art. 6 dispone el derecho a ausentarse del trabajo para prestar cuidados o ayudas personales a un familiar o a un conviviente en el mismo hogar del trabajador, cuando estos necesitan asistencia o cuidados importantes por motivo médico grave⁴¹. El permiso tendrá una duración de cinco días al año por trabajador que lo solicite, sin concretar si esta duración es por cada familiar o conviviente al que atender o si tiene esta duración en función de cada ocasión en la que sea

38 C-588/12.

39 C-486/18.

40 Rodríguez Escanciano, S., *Diario La Ley*, cit., La Ley 2768/2020.

41 La definición comunitaria de cuidador se construye no sólo sobre los vínculos de parentesco, sino también sobre los de convivencia en el mismo hogar. El legislador europeo está pensando en modelo más allá de “clásicos de familia, y en que las relaciones de cuidado se organizan sobre la base de estructuras informales y privadas que, no por ello, tiene porqué resultar insatisfactorias”, en López Álvarez M.J., “La adaptación de la directiva de conciliación de la vida familiar y profesional al ordenamiento español”, cit., pág. 70.

LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y PROFESIONAL EN LA UNIÓN EUROPEA

necesario el ejercicio del derecho⁴². La norma tampoco realiza ninguna alusión sobre el carácter retribuido de esta ausencia, por lo que parece que el disfrute de este permiso no lleva aparejado necesariamente su remuneración. Es posible, sin embargo, que la regulación nacional pueda introducir “normas o disposiciones que sean más favorables para los trabajadores” (art. 16.1 Directiva 2019/1158). Ahora bien, la ausencia de retribución no anima, ni a la conciliación, ni a la corresponsabilidad.

En todo caso, serán los Estados miembros los que prevean su carácter retribuido, así como los detalles adicionales sobre el ámbito de aplicación. En este sentido, la norma comunitaria otorga al Estado miembro tanto la determinación del grado de parentesco, como a la condiciones o requisitos de acceso, y, por ende, generen derecho a este permiso:

- Por lo que se refiere al grado de parentesco entre el trabajador y el familiar que requiere asistencia o cuidados importante por un motivo grave, el texto de la Directiva despeja las dudas, al señalar el art. 3.1 e) de la Directiva 2019/1158 que alcanza “al hijo, hija, padre, madre o cónyuge del trabajador, o pareja de hecho cuando las uniones de hecho estén reconocidas en el derecho nacional”. Ahora bien, la propia Directiva permite a los Estados miembros que pueda configurar el derecho al permiso “sobre la base de períodos de un año por persona necesitada de asistencia o apoyo, caso por caso”.
- En relación con las condiciones y requisitos de acceso para generar el derecho a este permiso, la norma comunitaria remite también a la legislación o los usos nacionales para su determinación.

Más que nunca la Directiva configura un verdadero “suelo de mínimos” y deja en manos del Estado miembro la configuración real de este derecho. Se trata del reconocimiento de nuevas medidas de ausencia que se limitan a garantizar que el trabajador podrá desentenderse, por el tiempo imprescindible, de sus responsabilidades laborales para centrarse exclusivamente en las familiares⁴³. En efecto, la Directiva no obliga, simplemente invita, a los EM a que establezcan una remuneración o prestación económica para que este permiso, en particular, los hombres, realmente ejerzan este derecho⁴⁴. Por tanto y en todo caso, será el EM el que concrete cuestiones esenciales, como la

42 Ahora bien, dada su redacción literal (“cinco días laborables al año por trabajador”), señala Gorelli Hernández, J., “parece evidente que estamos ante una duración máxima anual, con independencia de cuáles sean las necesidades del trabajador”. Sin embargo, continua el autor, el apartado segundo del art. 6 de la Directiva señala que los Estados “podrán distribuir los permisos para cuidadores sobre la base de períodos de un año, por persona necesitada de asistencia o apoyo, o por caso”; “es decir, deja en manos de los Estados la principal cuestión de la regulación de este derecho, siendo admisible tanto regulaciones nacionales de duración exigua (un “crédito” de cinco días anuales donde van incluidos todos los permisos con independencias de las situaciones que puedan presentarse”, en “Un análisis normativo de la evolución de las políticas de conciliación en la Unión Europea. De la maternidad a la corresponsabilidad”, cit., págs. 27-28.

43 Maneiro Vázquez, Y., *Cuidadores. Igualdad y no discriminación y corresponsabilidad: la @evolución de los derechos de conciliación de la mano de la Directiva UE 2019/1158*, Albacete, Bomarzo, 2023, pág. 25.

44 Nieto Rojas, P., “La transposición de la Directiva 2019/1158 de conciliación de la vida familiar y la vida profesional a través del RDL 5/2023”, *Revista de Estudios Jurídicos Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, cit., pág. 92.

determinación del ámbito subjetivo, es decir, de los causantes del derecho (parentesco, en su caso, grado de parentesco o delimitación del conviviente, identificación del motivo médico grave (en concreto, la causa determinante del derecho) para que el trabajador deba prestar la ayuda al familiar o conviviente, así como los requisitos o condiciones para la concesión del derecho.

2.1.4. Ausencia del trabajo por causa de fuerza mayor

La Directiva 2019/1158 regula, en su art. 7, la “ausencia del trabajo por fuerza mayor”, que se configura también como un permiso para atender a situaciones de fuerza mayor familiar.

En concreto, se refiere a “situaciones de causa de fuerza mayor, por motivos familiares”, en dos supuestos: enfermedad o accidente, pero que, en todo caso, “hagan indispensable la presencia inmediata del trabajador”.

A diferencia del permiso para cuidadores, el legislador europeo no fija, en este caso, ni el grado de parentesco o la exigencia de convivencia, ni la duración del permiso ni tampoco el alcance de la gravedad de la causa. Únicamente habla de “urgencia” y “presencia indispensable” del trabajador por motivo familiar vinculando la urgente gravedad de la situación médica a una situación de verdadera emergencia.

La norma tampoco realiza ninguna alusión sobre el carácter retribuido de esta ausencia, por lo que parece que el disfrute de este permiso no lleva aparejado necesariamente su remuneración. En todo caso, es posible que la regulación nacional incorpore reglas más favorables para los trabajadores (art. 16.1 Directiva 2019/1158). Ahora bien, lo que no genera duda es que la ausencia la ausencia de retribución no anima, ni a la conciliación, ni a la corresponsabilidad.

En realidad, el legislador europeo configura las líneas básicas de este permiso, pero se “olvida” de dotarlo de contenido y deja en manos de los Estados miembros su regulación. Será el Estado Miembro el que concrete cuestiones esenciales, como la determinación del ámbito subjetivo, es decir, de los causantes del derecho (parentesco, en su caso, grado de parentesco o delimitación del conviviente, identificación del motivo médico grave (en concreto, la identificación de la situación de emergencia) y, además, será quien, realmente, articule el derecho del trabajador a ausentarse el trabajo, por causa de fuerza mayor, a un tiempo determinado por año, por casi, o por año, y por caso”.

En definitiva, la Directiva otorga plena libertad a los Estados miembros para la regulación del permiso tanto en el fondo (concreción de la fuerza mayor) como en la forma (duración, requisitos o condiciones), lo que evidencia su indefinición, pero también establece la posibilidad de que los Estados miembros dispongan su contenido sustantivo a través de una regulación más favorable.

2.2. Fórmulas de trabajo flexible para los trabajadores que sean progenitores o cuidadores

Entre las garantías que establece la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores para las personas trabajadoras con responsabilidades de cuidado, se

LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y PROFESIONAL EN LA UNIÓN EUROPEA

encuentran las fórmulas de trabajo flexible para los trabajadores que sean progenitores o cuidadores⁴⁵. En este sentido, el art. 3.1 f) establece la posibilidad de los trabajadores “de adaptar sus modelos de trabajo acogiéndose a fórmulas de trabajo a distancia, calendarios labores flexibles o reducción de las horas de trabajo”. Se garantiza, por tanto, que los trabajadores puedan compatibilizar y/o compaginar familia y trabajo⁴⁶.

En concreto, es el art. 9 de la Directiva 2010/1158, el encargado de acoger la regulación de fórmulas de trabajo flexible que favorezcan la presencia del trabajador con responsabilidades de cuidado en la empresa en aras de asegurar sin tener que ausentarse por permiso parental. Se trata de promover mecanismos e instrumentos que faciliten la compatibilidad entre el desarrollo de la prestación del trabajo y el cuidado de menores y convivientes en aras de facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar, y, por ende, la corresponsabilidad entre progenitores y cuidadores.

En este contexto la Directiva 2019/1158 configura un derecho de adaptación general que trasciende la regulación limitada de los derechos parentales. En efecto, se amplía de forma notable su alcance para acoger no solo la garantía de incorporación tras un permiso parental sino también para establecer el derecho a solicitar fórmulas de trabajo flexible, como derecho individual de cada trabajador, quedando desvinculado de cualquier permiso parental. Así, cualquier trabajador con obligaciones de cuidado de un menor o familiar podrá adaptar su modelo de trabajo solicitando fórmulas de trabajo flexible, con independencia de su reincorporación tras disfrutar de un permiso parental⁴⁷.

Pues bien, con esta nueva configuración de alcance más amplio, el art. 9 de la Directiva 2019/1158 dispone el derecho al trabajo flexible tanto de las personas trabajadoras con hijos de, “como mínimo de ocho años”, cuanto de los cuidadores que dispensen cuidados o ayuda a un familiar o a una persona que conviva en el mismo hogar que el trabajador y precise asistencia por un motivo médico grave.

Por lo demás, la norma europea dispone otras precisiones respecto del disfrute del derecho al trabajo flexible, a saber:

- Su duración estará supeditada a un límite razonable, sin fijar un período mínimo de disfrute. Por lo que, una vez más, será el Estado miembro el que concrete el tiempo de disfrute de estas fórmulas de trabajo flexible (art. 9.1 Directiva 2019/1158).

⁴⁵ Rodríguez Escanciano, S., *Diario La Ley*, Sección Tribuna, cit., La Ley 2768/2020.

⁴⁶ Jurado Segovia, A., “Flexiseguridad y conciliación de la vida laboral y familiar”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. extraord., 2018, pág. 118, recoge esta distinción y pone en valor “el tránsito de un modelo en el que prime la idea de trabajar menos para conciliar a otro en el que se facilite trabajar de forma diferente, ofreciendo mayores márgenes de flexibilidad”. Por ejemplo, distribución irregular de la jornada, preferencia en la elección de turnos, flexibilidad de horarios, bolsas de horas, etc..

⁴⁷ Repárese que en la ampliación del alcance de la Directiva 2019/1158 fue determinante la intervención del TJUE. Tanto en el asunto Rodríguez Sánchez, STJUE de 16 de junio de 2016, C-351/14, como en el asunto Ortiz Mesonero, STJUE de 18 de septiembre de 2019, C-366/2018, el TJUE señaló que el derecho contenido en la cláusula sexta de la Directiva 2010/18 no tenía una dimensión general, sino que solo se aplicaba en los supuestos de reincorporación tras un permiso parental.

LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y PROFESIONAL EN LA UNIÓN EUROPEA

- Período previo de antigüedad (art. 9.4 Directiva 2019/1158). Se habilita a los Estados miembros a que supediten el derecho a solicitar fórmulas de trabajo flexible a períodos de trabajo anterior o a una antigüedad que no podrá ser superior a seis meses. En este caso, la norma europea articula una previsión de derecho mínimo necesario, de forma que no se podrá exigir una antigüedad superior a seis meses para acceder a este mecanismo de conciliación. La misma exigencia rige para los contratos de duración determinada: si existen estos contratos con el mismo empleador, a tenor de lo dispuesto en la Directiva 1999/70 CE, se deberá tener en cuenta la suma de todos ellos para el cálculo de tales períodos y el acceso al derecho a solicitar estas fórmulas de trabajo flexible.
- El contenido del derecho se fija en el art. 9.2 de la Directiva 2019/1158: a) el derecho al trabajo flexible es un derecho de la personas trabajadora, en tanto que los EM tienen que “adoptar las medidas necesarias para que progenitores y cuidadores (...) pueda ocuparse de sus obligaciones de cuidado”, b) la concesión de este derecho debe resolverse “en un plazo razonable de tiempo” y c) el empresario solo puede denegarlo o aplazarlo por causa justificada y teniendo en cuenta “tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores”.
- La reincorporación del trabajador tras solicitar su derecho a fórmulas de trabajo flexible también está prevista en la Directiva.

En concreto, plantea distintos escenarios en función del período acordado de disfrute de la adaptación del modelo de trabajo: a) si hace uso de este derecho hasta el final del período establecido, una vez superado el plazo el trabajador “tendrá derecho a volver a su modelo de trabajo original al término del período acordado”, b) Si se incorpora antes del término del período acordado, el trabajador “tendrá derecho a solicitar volver a su modelo original (...) siempre que lo justifique un cambio en las circunstancias”. En este caso concreto, los empleadores estudiarán y atenderán las solicitudes de volver anticipadamente al modelo de trabajo original teniendo en cuenta sus propias necesidades como las de sus trabajadores (art. 9.3 Directiva 2019/1158).

En definitiva, la Directiva 2019/1158 UE se articula sobre la idea de flexibilizar el ejercicio de los derechos de conciliación tanto en el disfrute de los permisos —habilitando el disfrute de los permisos a tiempo completo o a tiempo parcial, incluso posibilitando su disfrute en días consecutivos del permiso separados por períodos de tiempo de trabajo⁴⁸— como en la configuración de fórmulas de trabajo flexible que favorezcan el desarrollo de su prestación laboral en condiciones de igualdad con el cuidado de hijos o familiares⁴⁹.

⁴⁸ Considerando 23-27, Directiva 2019/1158 UE.

⁴⁹ Considerando 34-38, Directiva 2019/1158 UE.

3. PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES EN EL EJERCICIO DE SUS DERECHOS DE CONCILIACIÓN

Además de configurar el diseño de permisos intransferibles para el cumplimiento de las responsabilidades familiares, la Directiva 2019/1158 UE protege a los trabajadores en el ejercicio de sus derechos de conciliación a través de una triple línea de actuación: derechos laborales (art. 10), discriminación (art. 11) y protección contra el despido y carga de la prueba (art. 12).

3.1. Derechos laborales

En efecto, el art. 10 de la Directiva 2019/1158 UE dispone de forma expresa que “los derechos adquiridos o en proceso de ser adquiridos por los trabajadores a la fecha en la que se inicie el disfrute de alguno de los permisos se mantendrá hasta que finalice el permiso o el tiempo de ausencia en cuestión”. De igual forma, se garantiza la reincorporación del trabajador “a su puesto de trabajo o a un puesto equivalente en unas condiciones que no le resulten menos favorables, así como a beneficiarse de cualquier mejora de las condiciones laborales a las que hubiera tenido derecho si no hubieran disfrutado del permiso (art. 10.2).

Ahora bien, la Directiva 2019/1158 UE remite a los Estados miembros la regulación de la situación laboral y de Seguridad Social respecto de los trabajadores que hagan uso de los permisos y de las fórmulas de trabajo flexible que prevé la Directiva 2019/1158 UE (art. 10.3). Por tanto, serán los EM los que definan el régimen del contrato de trabajo o de la relación laboral durante el permiso parental coincidiendo también con la jurisprudencia vertida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Así, el TJUE ha confirmado que “la relación laboral entre el trabajador y el empleador se mantiene durante el período de permiso, por lo que, durante dicho período, el beneficiario del permiso sigue siendo un trabajador, a efectos del Derecho de la Unión”. Por consiguiente, al definir el régimen del contrato de trabajo o de la relación laboral para los períodos de permiso que se contemplan en la Directiva 2019/1158, incluidos los derechos de Seguridad Social, los Estados miembros deben asegurarse de que se mantiene la relación laboral”.

3.2. Discriminación

Otra de las líneas de protección que articula la Directiva 2019/1158 respecto de los trabajadores que ejercen sus derechos de conciliación es la relativa a la prohibición expresa de discriminación. En efecto, el ejercicio de los derechos de conciliación no puede analizarse prescindiendo de las perspectivas de género, pues todavía “son muchas las mujeres trabajadoras las que utilizan, mayoritariamente, las posibilidades que las normas laborales ofrecen para conciliar la vida laboral con las

responsabilidades familiares y las que soportan, por tanto, el impacto que ello genera en su trayectoria profesional y en sus condiciones laborales”⁵⁰.

En este sentido, el art. 11 dispone que los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para prohibir que los trabajadores reciban un trato menos favorable por haber solicitado o disfrutado del permiso de paternidad (art. 4 Directiva 2019/1158), permiso parental (art. 5 Directiva 2019/1158), permiso para cuidadores (art. 6 Directiva 2019/1158), ausencia del trabajo por causa de fuerza mayor (art. 7 Directiva 2019/1158), así como de las fórmulas de trabajo flexible (art. 9 Directiva 2019/1158). Se exige a los Estados Miembros que articulen y desarrollen las garantías suficientes contra la discriminación o contra cualquier trato menos favorable frente a los trabajadores que ejerzan sus derechos de conciliación. El art. 11 de la Directiva prohíbe las represalias por el ejercicio de los derechos y no por el ejercicio de las reclamaciones. No es una garantía frente a aquéllas⁵¹. Por tanto, la Directiva 2019/1168 vincula los derechos de conciliación e igualdad de oportunidades entre hombre y mujeres, “pero se resiste a reconocer que una discriminación por ejercicio de derechos de conciliación constituya una discriminación por razón de sexo o siquiera una discriminación autónoma”⁵².

De la protección contra el trato o consecuencias desfavorables se ocupa el art. 14 de la Directiva 2019/1159 al disponer, de forma expresa, que “los Estados miembros introducirán las medidas necesarias para proteger a los trabajadores, incluidos los representantes de los trabajadores, contra cualquier trato desfavorable del empleador o contra las consecuencias desfavorables resultantes de la interposición de una demanda contra la empresa o de cualquier procedimiento iniciado con el objetivo de hacer cumplir los derechos en ella recogidas”.

3.3. Protección contra el despido y carga de la prueba

La tercera línea garantías que articula la Directiva 2019/1158 respecto de los trabajadores que ejercen sus derechos de conciliación es la protección contra el despido. Lo que significa que el ejercicio de los derechos de conciliación no debe tener ninguna repercusión negativa en la persona que lo ha solicitado.

Así, los trabajadores que ejerzan su derecho a acogerse a los permisos o a las fórmulas de trabajo flexible deben estar protegidos contra el despido y contra cualquier medida de preparación para un posible despido por haber solicitado tales permisos o haberse acogido a ellos, o por haber ejercido su derecho a solicitar tales fórmulas de trabajo flexible, con arreglo a la jurisprudencia del TJUE⁵³,

50 Nieto Rojas, P., “La transposición de la Directiva 2019/1158 de conciliación de la vida familiar y la vida profesional a través del RDL 5/2023”, *Revista de Estudios Jurídicos Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, cit., pág. 97.

51 López Álvarez, M.J., “Conciliación y corresponsabilidad en el ordenamiento jurídico comunitario”, cit., pág. 182.

52 Ballester Pastor, M.A., “De los permisos parentales a la conciliación: expectativas creadas por la Directiva 2019/1158 y su transposición al ordenamiento español”, cit., pág. 113.

53 STJUE 11 de octubre de 2007, asunto Nadine Paquay/Société d’architectes Hoet + Minne SPRL, C-460/06.

LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y PROFESIONAL EN LA UNIÓN EUROPEA

que ha ido consolidando la arquitectura jurídica de esta protección a través de interesantes y acertados pronunciamientos.

Lo primero que exige la Directiva 2019/1158 es que “el despido de las personas que ejerzan derechos de conciliación debe tener causa justa” (art. 12). De forma que si llega a producirse el empresario habrá de motivar y justificar la causa por escrito.

Así, la necesaria causalidad del despido implica que el empresario deba probar que concurre justa causa, y, en todo caso, debe operar la inversión de la carga de la prueba. En efecto, si el trabajador presenta ante un Tribunal unos hechos que permitan presuponer que ha sido despedido por razones vinculadas al disfrute del permiso o a la solicitud de fórmulas de trabajo flexible corresponde al empleador demostrar que el despido se ha basado en motivo distintos del ejercicio de sus derechos de conciliación. (art. 12 Directiva 2019/1158)

La jurisprudencia del TJUE ha tenido un papel muy relevante en la evolución y consolidación del reforzamiento de la protección del trabajador que ejerce sus derechos de conciliación frente al despido.

Así, la STJUE de 22 de octubre de 2009, asunto Meerts⁵⁴, entiende que la indemnización por despido de un trabajador que se encuentra disfrutando de un permiso parental a tiempo parcial no puede calcularse conforme a la retribución reducida que percibe en el momento de la extinción⁵⁵. Si se aceptara que un trabajador contratado a tiempo completo puede ver reducida su indemnización por despido, al encontrarse en un período de permiso parental a tiempo parcial, podría llevar al empresario a despedir a trabajadores en estas circunstancias⁵⁶. La STJUE de 20 de junio de 2013, asunto Rezieniece⁵⁷, examina, en este caso, la procedencia de los criterios de evaluación utilizados, en el marco de una amortización de puestos de trabajo, con respecto a una trabajadora que se encuentra disfrutando del permiso parental. En este caso, realiza el análisis desde la perspectiva de género, alegando una situación de discriminación indirecta, en tanto que quienes se acogen al permiso parental en un número muy superior son las mujeres.

Por su parte, la STJUE de 7 de septiembre de 2017, “asunto H5,” estudia la reincorporación de una trabajadora a la plaza de funcionaria que se le había concedido mientras disfrutaba de un permiso parental y concluye que la norma interna que exigía que el candidato seleccionado realizara un período de prácticas de dos años sin ninguna posibilidad de prórroga atenta contra la garantía de reincorporación del trabajador a su puesto o uno equivalente al finalizar el período de permiso parental.

⁵⁴ Cit., C-116/08.

⁵⁵ Recuérdese que la Directiva garantiza los derechos adquiridos o en curso de adquisición del trabajador en la fecha de inicio del permiso parental hasta que finalice el permiso, por lo que no puede ser objeto de interpretación restrictiva. De ahí que, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea entienda que el concepto de derechos adquiridos o en curso de adquisición comprende la totalidad de los derechos y ventajas, en dinero o en especie, derivados directa o indirectamente de la relación laboral, a los que el trabajador tiene derecho desde el inicio de su permiso parental.

⁵⁶ En idéntico sentido, SRJUE de 27 de febrero, asunto Lyreco Belgium, cit., STJUE 9 de mayo de 2019, asunto Rexpraxair, C-486/18.

⁵⁷ C-7/12.

En conclusión, la protección frente al despido para los permisos parentales se articula desde el marco regulador de la Directiva 2019/1158, atendiendo, por un lado, a su configuración como derecho individual del trabajador, y por otro, al objetivo de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales⁵⁸. En este sentido, la norma comunitaria descansa sobre una tutela casual, protegiendo a las personas trabajadora frente al despido “por haber solicitado o disfrutado uno de los permisos”.

El ejercicio de los derechos de conciliación no ha de suponer la consolidación del rol de la mujer trabajadora ni como cuidadora ni tampoco como principal responsable de las necesidades familiares. Por ello, es preciso ampliar la tutela para que los trabajadores varones también soliciten o ejerzan sus derechos de conciliación. Cualquier obstáculo a tal ejercicio puede llevar aparejado un retroceso en el avance de la corresponsabilidad, sobre todo, en el seno del propio hogar familiar; toda vez que el reparto equilibrado de las tareas de cuidados intrafamiliares es un elemento esencial para la consecución de la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres acabando con la brecha salarial y prestacional⁵⁹.

4. CONCLUSIONES

En este trabajo se ha analizado la evolución de las políticas de la Unión Europea en materia de conciliación de la vida laboral y familiar. En este sentido, es notoria cómo ha ido avanzado el legislador europeo en este ámbito. Desde aquellas normas cuya razón de ser estribaba, únicamente, en la protección de la maternidad —y, por supuesto, en el cuidado del menor— como única razón de ser se transita, a día de hoy, hacia un reconocimiento expreso de los derechos de corresponsabilidad familiar de las personas trabajadoras, hombres y mujeres, de forma neutra, individualizada e indeterminada.

Por supuesto, todo este desarrollo normativo y jurisprudencial ha incidido sobre manera en nuestro Ordenamiento Jurídico laboral. Prueba de ello son las modificaciones incorporadas en el Estatuto de los Trabajadores; en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.; en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. (art. 44, expresamente; art. 46 dentro del Plan de igualdad; en el 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; en el Plan Me Cuida. Art. 6 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo; en el RD 901/2020 de 13 de octubre, por el

⁵⁸ En todo caso, la constatación de prácticas discriminatorias “operaría como un plus de antijuridicidad, que añadiría un elemento de reprochabilidad al supuesto que se enjuicia”, en López Álvarez, M.J., “Conciliación y corresponsabilidad en el ordenamiento jurídico comunitario”, cit., págs. 185.

⁵⁹ García Romero, B., “La utilización de la corresponsabilidad como criterio modulador de los derechos de la conciliación de la vida laboral y familiar por parte de la empresa”, *Revista de Jurisprudencia Laboral (REJLSS)*, 9/2023.

que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo; en el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea; y en el Cap. XII, del Resolución de 19 de mayo de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva: Incorporar medidas de flexibilidad interna que faciliten la conciliación corresponsable de la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras (el acuerdo de negociación colectiva incluye personal; la ley no). También hay que destacar el reciente Proyecto de Ley de Familias (BOGC, Congreso de los Diputados) que se ha presentado en el Congreso de los Diputados y que, atendiendo al mandato del legislador europeo, incorpora importantes y relevantes novedades en materia de conciliación laboral y familiar en nuestro Ordenamiento Jurídico nacional.

Ahora bien, nuestro objetivo en este estudio no ha sido estudiar la incidencia de la norma europea en el Derecho Español si no analizar su evolución en las últimas décadas.

Por todo ello, cabe concluir que el legislador europeo actual ha marcado un cambio en el planteamiento de la conciliación laboral conciliación y de la igualdad, si bien queda aún mucho camino por recorrer.

5. BIBLIOGRAFÍA CITADA

Aguilera Izquierdo, R., "Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. extra 2, 2007.

Aguilera Izquierdo, R. y Cristóbal Roncero, R., "Las políticas de conciliación de la vida laboral y familiar y su desarrollo normativo", *Tribuna Social*, núm. 134, 2002.

Ballester Pastor, M.A., "Conciliación laboral y familiar en la Unión Europea: rémora, avances y nuevas líneas de tendencia en el ámbito de la corresponsabilidad", *Revista de Derecho Social*, núm. 51, 2010.

Gorelli Hernández, J., "Un análisis normativo de la evolución de las políticas de conciliación en la Unión europea. De la maternidad a la corresponsabilidad", *Femeris*, vol. 7 núm. 2.

Jurado Segovia, A., "Flexiseguridad y conciliación de la vida laboral y familiar", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. extraord. 2018.

López Álvarez, M.J., "Conciliación y corresponsabilidad en el ordenamiento jurídico comunitario", *Revista Galega de Dereito Social*, núm. 9, 2019.

LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y PROFESIONAL EN LA UNIÓN EUROPEA

Maneiro Vázquez, Y., *Cuidadores. Igualdad y no discriminación y corresponsabilidad: la @evolución de los derechos de conciliación de la mano de la Directiva UE 2019/1158*, Bomarzo, Albacete, 2023.

Montoya Melgar, A., *Derecho del Trabajo*, 43ª ed., revisada y actualizada, Ed. Tecnos, Madrid, 2023.

Nieto Rojas, P., "La transposición de la Directiva 2019/1158 de conciliación de la vida familiar y la vida profesional a través del RDL 5/2023", *Revista de Estudios Jurídicos Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, núm.7, mayo-junio 2023.

Pérez Campos, A.I., "Los derechos de conciliación de la vida personal y familiar con el trabajo: evolución legislativa", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 133, 2017.

Rodríguez Escanciano, S., *Diario La Ley*, Sección Tribuna, 24 de marzo de 2020, La Ley 2768/2020.

Sánchez Urán Azaña, Y., "El concepto de trabajador en el contexto de la protección flexible del derecho del trabajo en la Unión Europea", *La Ley Unión Europea*, núm. 50, 2017.

LA GARANTÍA DE LA SOSTENIBILIDAD INTEGRAL COMO OBJETIVO ESENCIAL EN EL SISTEMA DE PENSIONES.

También, y más aún, en épocas de crisis*

GUARANTEEING FULL SUSTAINABILITY AS AN ESSENTIAL OBJECTIVE IN THE PENSION SYSTEM. Also, and even more so, in times of crisis

Isabel María Villar Cañada

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Jaén

imvillar@ujaen.es ORCID [0000-0002-3539-8173](https://orcid.org/0000-0002-3539-8173)

Recepción de trabajo: 07-02-2024 - Aceptación: 04-03-2024 - Publicado: 22-03-2024

Páginas: 98-119

- 1. LA “ETERNA” CRISIS DE LA SEGURIDAD SOCIAL COMO FUNDAMENTO DE LA “CONSTANTE” REFORMA DEL SISTEMA. ■ 2. LA NECESARIA SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA DE PENSIONES. ¿PERO QUÉ SOSTENIBILIDAD? ■ 2.1. La reforma de 2021. Unas breves pinceladas desde la perspectiva de su contribución a la solidaridad integral del sistema. ■ 2.2. La reforma de 2023. Un paso más hacia la sostenibilidad integral del sistema público de pensiones. ■ 2.2.1. Principales medidas desde el enfoque de la sostenibilidad económico-financiera del sistema. ■ 2.2.2. Medidas destacadas desde un enfoque de equidad, suficiencia y adecuación protectora. ■ 3. CONCLUSIONES. ■ 12. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto Estatal de I+D+I “La Sostenibilidad del Sistema de Pensiones en contextos de reformas e inestabilidad económica” (PID2022-140298NB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, convocatoria Proyectos de Generación del Conocimiento 2022. IP Francisco Vila Tierno.

RESUMEN

La dialéctica sostenibilidad financiera y sostenibilidad social se encuentra en el centro de gran parte de los debates que surgen en relación a los sucesivos procesos de reforma que afectan al sistema público de pensiones. La necesidad de garantizar los recursos económicos suficientes para hacer frente a los retos ante los que se enfrenta el sistema en la actualidad hace necesarias, evidentemente, reformas que contribuyan a su reforzamiento desde la perspectiva económico-financiera. Pero esto no puede hacerse a costa del sacrificio de rasgos esenciales del sistema de Seguridad Social, y de pensiones en particular, como la solidaridad, la suficiencia o la equidad. Los procesos de reforma más recientes parecen haber tomado conciencia sobre esta necesidad de contribuir a la sostenibilidad integral del sistema. Y es que un sistema público de pensiones que no proteja de manera adecuada y suficiente al conjunto de la ciudadanía tampoco resultaría sostenible.

PALABRAS CLAVE: Seguridad Social, pensiones, sostenibilidad, suficiencia protectora, equidad.

ABSTRACT

The dialectic between financial sustainability and social sustainability is at the center of most of the debates that arise in relation to the successive reform processes affecting the public pension system. The need to guarantee sufficient economic resources to meet the challenges currently facing the system obviously requires reforms that contribute to strengthening it from an economic-financial perspective. But this cannot be done at the cost of sacrificing essential features of the Social Security system, and of pensions in particular, such as solidarity, sufficiency or equity. The most recent reform processes seem to have become aware of this need to contribute to the overall sustainability of the system. A public pension system that does not adequately and sufficiently protect all citizens would not be sustainable either.

KEYWORDS: Social Security, pensions, sustainability, protective sufficiency, equity.

1. INTRODUCCIÓN. LA “ETERNA” CRISIS DE LA SEGURIDAD SOCIAL COMO FUNDAMENTO DE LA “CONSTANTE” REFORMA DEL SISTEMA

Las dudas sobre la viabilidad futura de nuestro sistema de Seguridad Social, y particularmente del sistema público de pensiones, no son nuevas. Desde hace varias décadas son diversas las opiniones que, desde diferentes ámbitos, han venido poniendo en cuestión el futuro del sistema y la necesidad de adoptar medidas que garantice el futuro del mismo.

Así, las ideas de “crisis” y de “Seguridad Social” aparecen estrechamente unidas desde hace tiempo; una relación que viene trascendiendo incluso la coyuntura económica de cada momento concreto, aunque, evidentemente, el contexto socio-económico influya en la intensidad con la que la población percibimos esa crisis y en las medidas a través de las cuales se le intenta hacer frente.

Una idea esta de crisis que presenta dos dimensiones diferenciadas, aunque conectadas entre sí. Por una parte, aquélla relativa al cuestionamiento de la viabilidad económica del sistema (las dudas sobre su futuro como instrumento adecuado de protección social) y, por otra la que se enfoca en la imposibilidad del sistema para llevar a cabo la función que constitucionalmente tiene atribuida y que no es otra, recuérdese, que la de ofrecer a la ciudadanía una protección suficiente y adecuada frente a las situaciones de necesidad que puedan afectarle¹.

Lo que está fuera de toda duda —y aun así conviene recordarlo— es que la Seguridad Social constituye un derecho social fundamental y los sistemas de Seguridad Social que lo instrumentan se erigen como parte fundamental del Estado de Bienestar y en nuestro ordenamiento jurídico como elemento clave del Estado Social consagrado en el art. 1 CE y en los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España. Así queda manifestado de forma expresa la Recomendación O del Pacto de Toledo 2020 al considerar al sistema de Seguridad Social como “la columna vertebral del Estado del Bienestar, el estandarte y la seña de identidad de una sociedad moderna y cohesionada”, sustentado en los principios de basa en los principios de universalidad, unidad, solidaridad, igualdad y suficiencia².

El texto constitucional establece el contenido esencial del derecho y los rasgos básicos del sistema que deben actuar como límites infranqueables por el legislador ordinario en su labor —amplia—

1 En este sentido, Vicente Palacio, A., “Crisis y Seguridad Social”. *Revista Derecho Social y empresa*, núm. 3, 2015, pág. 133.

2 Un interesante análisis sobre el alcance de esta Recomendación O en Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A., “Recomendación O. Defensa del mantenimiento y mejora del sistema público de pensiones: la opción por reformas paramétricas para garantizar las pensiones”, en AAVV. (Hierro Hierro, F.J. dir.): *Perspectivas jurídicas y económica del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo (2020)*, Thompson Reuters&Aranzadi, Pamplona, 2021.

de desarrollo de las previsiones constitucionales³, puesto que “su vulneración no lo harían reconocible en el estado actual de la conciencia social y de la cultura jurídica”⁴. Una garantía constitucional conformada por los arts. 41 y 50 CE, pero también por todos aquéllos que consagran garantías del Estado Social y por el canon hermenéutico establecido en el art. 10 CE que, como decimos, configura un núcleo indisponible para el legislador a la hora de configurar nuestro régimen público de Seguridad Social⁵.

Pues bien, las, antes mencionadas, dudas sobre el mantenimiento y alcance futuro del sistema de Seguridad Social, centradas fundamentalmente en el sistema público de pensiones, vienen dando lugar en los últimos años a diferentes reformas que, con uno y otro alcance y con mayor o menor acierto, pretenden garantizar su sostenibilidad y cuya adecuada valoración requiere, evidentemente, analizarlas desde la perspectiva de su adecuación a la función constitucionalmente atribuida al sistema de Seguridad Social.

2. LA NECESARIA SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA DE PENSIONES. ¿PERO QUÉ SOSTENIBILIDAD?

Como se apuntaba, en ese proceso reformista, casi permanente, que viene identificando a nuestro sistema público de pensiones en las últimas décadas, se sitúa en un lugar central, como objetivo a conseguir, la garantía de su sostenibilidad. Pero esta sostenibilidad tradicionalmente ha sido considerada en exclusiva desde una dimensión económico-financiera. Evidentemente, si pretende asegurarse el futuro de las pensiones públicas, resulta necesario contar con los recursos necesarios, pero un sistema de pensiones que no sea capaz de dar cumplimiento a la función que tiene atribuida tampoco podría ser considerado socialmente sostenible.

Todo proceso de cambio debe ser sostenible pero esa sostenibilidad, para ser adecuada, debe trascender la dimensión exclusivamente económica, sustentándose sobre una idea más amplia, que integre en la misma la perspectiva social y medioambiental. La respuesta que los poderes públicos deben proporcionar frente a los riesgos sociales globales a los que nos enfrentamos en la actualidad ha de contribuir a garantizar la efectividad de los sistemas de protección social frente a las conse-

3 No puede olvidarse que el TC caracteriza a nuestra Seguridad Social como un modelo de configuración legal. Entre otras, vid. SSTC 65/1987, de 21 de mayo; 134/1987, de 21 de julio; 37/1994, de 10 de febrero; 128/2009, de 1 de junio; 205/2011, de 15 de diciembre; o 49/2015, de 5 de marzo.

4 Vid. Monereo Pérez, J.L., “La garantía de las pensiones. Desafíos para la sostenibilidad económica y social”. *Revista de Estudios Jurídico-laborales y de Seguridad Social*, núm. 3, 2021, pág. 23. En este sentido también Monereo Pérez, J.L., “El derecho a la Seguridad Social (Artículo 41 de la Constitución)”, en VV.AA. (Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N. dirs.), *Comentarios a la Constitución Socioeconómica de España*, Comares, Granada, 2002, págs. 1425-1524.

5 En este sentido, SSTC 37/1994, de 10 de febrero; 38/1995, de 22 de mayo; 149/2004, de 20 de septiembre; o 213/2005, de 21 de julio.

cuencias —también globales— de los procesos de transformación de la sociedad en los que nos encontramos inmersos y las necesidades de la ciudadanía que derivan de los mismos⁶.

Y a esta necesidad no son ajenos los sistemas de Seguridad Social, particularmente, en su rama de pensiones. Como es de sobra conocido, son varios los retos a los que se enfrenta nuestro sistema de Seguridad Social: el relacionado con la situación de nuestro mercado de trabajo, el factor demográfico y la jubilación de la generación del *baby boom*, el cambio en los modelos productivos tradicionales derivados de la incorporación de las nuevas tecnologías (Inteligencia Artificial, Big Data...), la brecha de género, etc. Unos retos acentuados, sin duda, por la situación de crisis que arrastramos desde 2008 y que requieren, y van a seguir requiriendo en el futuro inmediato, la adopción de medidas adecuadas para hacerle frente.

Y en esa respuesta que garantice el cumplimiento de la función constitucionalmente atribuida a la Seguridad Social es donde debe situarse la interpretación adecuada de la sostenibilidad del sistema, la cual no puede medirse aplicando exclusivamente criterios económicos, sino que, siendo éstos imprescindibles, junto a ellos, y con la misma trascendencia, ha de situarse también su dimensión social⁷. La garantía financiera y la garantía social no deben, pues, ser consideradas como objetivos opuestos. La búsqueda de una no puede suponer el sacrificio de la otra. Al contrario, se trata de conceptos compatibles, complementarios y necesarios ambos.

La sostenibilidad correctamente entendida ha de tener, pues, un carácter global o integral y cualquier reforma que pretenda operarse en pro de su consecución debe tener como finalidad garantizar tanto un nivel de protección suficiente y adecuado frente a las necesidades de las personas, como, evidentemente, los recursos necesarios para financiarlo.

Pese a ello, tradicionalmente sostenibilidad y suficiencia han venido considerándose conceptos contrapuestos y enfrentados a la hora de enfocar los diferentes procesos de reforma operados en el sistema de pensiones desde la década de los ochenta. Una evidente manifestación de ello la constituyeron las reformas de 2011 y, sobre todo, la de 2013, en las que la búsqueda de la sostenibilidad financiera fue el principal o el único objetivo a conseguir. El —ya derogado— índice de revalorización y el —afortunadamente ni siquiera aplicado— factor de sostenibilidad (Ley 23/2013, de 23 de diciembre) constituyeron claros y desafortunados ejemplos de esa visión reduccionista e inadecuada de la sostenibilidad del sistema público de pensiones, con consecuencias profundamente negativas desde la perspectiva de la suficiencia protectora (sostenibilidad social). Unas reformas estas, cierto es, que en buena parte estuvieron condicionadas por los compromisos adquiridos con la Unión Europea. En diversas ocasiones, en el marco del objetivo de la reducción del déficit, desde instancias comunitarias se ha venido “llamando la atención” a España sobre la necesidad de mejorar la sostenibilidad financiera de las pensiones, apoyando de forma expresa medidas como el retraso de la edad

6 Villar Cañada, I.M., “El concepto de «Industria 5.0», emergencia climática y sistemas de protección social”. *Documentación Laboral*, núm. 128, 2023, págs. 85, 86.

7 Monereo Pérez, J. L., “Notas sobre la sostenibilidad económica y social de las pensiones en la perspectiva constitucional y legal. Propuestas de mejora”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 2, 2018, pág. 190.

de jubilación, el incremento del período a tener en cuenta para el cálculo de la pensión, la vinculación de las pensiones a la esperanza de vida del colectivo de pensionistas, etc⁸.

2.1. La reforma de 2021. Unas breves pinceladas desde la perspectiva de su contribución a la solidaridad integral del sistema

La intensidad —en negativo— de la reforma de 2013 marcó un punto de inflexión en la toma de conciencia sobre la necesidad de incorporar el enfoque social en las necesarias reformas a operar sobre el sistema⁹. De manera progresiva —aunque lenta— han ido ganando terreno las opiniones que, desde diversos sectores, y pese a las recurrentes críticas por parte, principalmente, del sector económico¹⁰, defienden esa necesidad de buscar el equilibrio entre sostenibilidad financiera y sostenibilidad social a la hora de abordar cualquier reforma sobre el sistema público de pensiones.

Así, se refleja en el componente 30 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, dedicado a la “Sostenibilidad a largo plazo del sistema público de pensiones en el marco del Pacto de Toledo”, cuando identifica como objetivo principal el de “preservar la sostenibilidad a largo plazo del sistema de pensiones, garantizando su poder adquisitivo, su contribución a la lucha contra la pobreza y la justicia intergeneracional”.

El proceso de reforma iniciado con la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, comienza a poner de relieve ese cambio de enfoque del legislador a la hora de abordar las reformas necesarias para contribuir a la sostenibilidad del sistema.

Un cambio que se manifiesta, en primer lugar, en el carácter pactado de la reforma, frente a la imposición unilateral que supuso la de 2013, lo que, evidentemente, presenta indudables ventajas, legitimando de inicio el proceso reformista, contribuyendo así a la aceptación del mismo por parte

8 Recomendación del Consejo de 12 de julio de 2011, relativa al programa nacional de reforma de 2011 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el programa de estabilidad actualizado de España (2011-2014). (2011/ C 212/01); Recomendación de la Comisión sobre Recomendación del Consejo relativa al programa nacional de reforma de 2011 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el programa de estabilidad actualizado de España (2011-2014). SEC (2011) 718 final, Comisión Europea, 2011; Recomendación de la Comisión sobre Recomendación del Consejo sobre el programa nacional de reforma de 2012 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el programa de estabilidad de España para 2012-2015. 2012; Recomendación del Consejo de 9 de julio de 2013 relativa al Programa Nacional de Reformas de 2013 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de España para 2012-2016; Recomendación del Consejo de 9 de julio de 2019 relativa al Programa Nacional de Reformas de 2019 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de 2019 de España. (2019/C 301/09), etc.

9 En esta línea, vid, Pérez del Prado, D., “La sostenibilidad integral de las pensiones: un análisis cuantitativo”. *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 30, 2022, pág. 272.

10 Entre ellas, v.gr. De la Fuente, A., “Seguimiento de las reformas del Plan de Recuperación”, *Boletín FEDEA*, núm. 22, 2023, Págs. 4 y ss.

LA GARANTÍA DE LA SOSTENIBILIDAD INTEGRAL COMO OBJETIVO ESENCIAL EN EL SISTEMA DE PENSIONES

de la ciudadanía y, por ende, a la paz social y aportando “un rostro humano a la exigencia de la sostenibilidad financiera del sistema público de pensiones”¹¹.

Y ese cambio de perspectiva se refleja también en que, junto a medidas dirigidas a la reducción de los gastos (línea de actuación tradicional y prácticamente exclusiva en los procesos de reforma previos), se contempla ahora un conjunto de reformas encaminadas a incrementar los ingresos del sistema¹².

Entre las incorporadas en 2021, en el primer bloque (reducción del gasto), a grandes rasgos y sin afán de exhaustividad, por exceder el objetivo del presente trabajo, se incluyen las dirigidas al acercamiento de la edad real a la edad legal de jubilación, mediante una revisión de los coeficientes reductores aplicables en los supuestos de jubilación anticipada (tanto voluntaria como derivada de causas ajenas a la voluntad del trabajador/a)¹³; la prohibición de las cláusulas convencionales de jubilación forzosa a una edad inferior a los sesenta y ocho años (con la posibilidad de rebajar esa edad hasta los 67 en los sectores de actividad donde las mujeres estén subrepresentadas y siempre que la jubilación se acompañe de la contratación de una mujer¹⁴); o el incentivo de la jubilación activa y de la jubilación demorada, mediante el rediseño de los incentivos a percibir por cada año completo de cotización, una vez cumplida la edad legal, dejando pendiente de desarrollo reglamentario, no obstante, su plena aplicación.

Además, como se apuntaba, con la finalidad de incrementar los ingresos del sistema, se culmina la separación de fuentes de financiación mediante la eliminación de la financiación vía cotizaciones de los “gastos impropios”, previendo su cobertura por el Estado vía impositiva; y se crea —previo acuerdo con las organizaciones sindicales, del cual se descolgó la patronal— el Mecanismo de Equidad Intergeneracional para sustituir al Factor de Sostenibilidad y consistente en una cotización adicional (inicialmente fijada en un porcentaje del 0,6%: 0,5% a cargo de la empresa y 0,1% a cargo de la persona trabajadora) entre 2023 y 2032, destinada a la dotación del Fondo de Reserva de la Seguridad Social con el objetivo de incrementar los recursos para hacer frente —aunque sea de forma parcial— a las consecuencias derivadas de la generación del *baby boom*¹⁵.

Y junto a estas medidas, la contribución a la garantía de una protección suficiente y adecuada se configura como uno de los principales objetivos de la reforma de 2021. Así, la Ley 21/2021 deroga el

11 Molina Navarrete, C. y Villar Cañada, I.M., “Paz social y nuevo paradigma de reformas del sistema público de pensiones: de la sostenibilidad financiera a la social”. *Revista de Estudios Latinoamericanos* núm. 15, vol. I, 2023, pág. 29.

12 Un detenido estudio al respecto en Molina Navarrete, C., *La nueva pensión de jubilación, pública y privada, tras las últimas reformas. Entre suficiencia y sostenibilidad financiera*. La Ley. Madrid, 2022.

13 A este respecto, vid Maldonado Molina, J.A., “Las jubilaciones anticipadas y por edad reducida en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 467, 2022, págs. 149 a 128.

14 Vid. Villar Cañada, I.M., “La reforma del sistema de pensiones. ¿Dónde queda —una vez más— la dimensión de género? *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 468, 2022, págs. 113-114.

15 Un detenido análisis sobre el Mecanismo de Equidad Intergeneracional en Vila Tierno, F., Gutiérrez Bengoechea, M. y Benitez Llamazares, N., “Suficiencia y sostenibilidad en el marco de la Ley 21/2021. Especial atención al mecanismo de equidad intergeneracional”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 467, 2022, págs. 119-147.

Índice de Revalorización, aprobado en 2013, volviendo a la fórmula clásica —aunque adaptada— de revalorización anual de las pensiones vinculada a la evolución de los precios. Así, la subida anual de las pensiones se vincula al porcentaje equivalente al valor medio de las tasas de variación interanual del Índice de Precios al Consumo de los doce meses previos a diciembre del año anterior (art. 58 LGSS), con el objetivo de garantizar el poder adquisitivo de las pensiones.

Pues bien, la visión reduccionista de la sostenibilidad desde una dimensión exclusivamente económico-financiera estuvo en la base de buena parte de las críticas a esta primera fase de la última reforma de nuestro sistema público de pensiones, al “acusarla” de poner en riesgo su sostenibilidad futura, de aumentar la brecha generacional, hipotecando las pensiones de las personas más jóvenes en favor de las pensiones del presente o del futuro inmediato, y de inequidad intergeneracional¹⁶.

Una visión presente de manera evidente en las valoraciones realizadas por la OCDE¹⁷, que manifestó la insuficiencia de las medidas adoptadas para incrementar los ingresos del sistema, al considerar al MEI como un instrumento “vago” y cuestionar la reforma por no incluir medidas concretas dirigida a “abordar el tema de la sostenibilidad financiera”; o por el FMI¹⁸, que rechazó los ajustes del lado de los ingresos del sistema, defendiendo la contención de los gastos como la única vía eficaz para garantizar su sostenibilidad, aun siendo consciente de que ello conllevará la adopción de “decisiones socialmente difíciles”.

2.2. La reforma de 2023. Un paso más hacia la sostenibilidad integral del sistema público de pensiones

Continuando la línea iniciada en 2021, el RD ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones¹⁹, acometió la segunda fase del proceso de reforma del sistema público de pensiones. Una segunda fase que, en un primer

¹⁶ Villar Cañada, I.M., “El concepto de «Industria 5.0», emergencia climática y sistemas de protección social”, op. cit. Pág. 85.

¹⁷ OECD: *Pensions at a Glance 2021*, <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/ca401ebd-en.pdf?expires=1705669568&id=id&accname=guest&checksum=9C407292DB7C39B3AFAF7A141BE44361> (consultado el 19 de enero de 2024).

¹⁸ IMF: *Spain: 2021 Article IV Consultation-Press Release: Staff Report; and Statement by the Executive Director for Spain*. <https://www.imf.org/en/Publications/CR/Issues/2022/02/15/Spain-2021-Article-IV-Consultation-Press-Release-Staff-Report-and-Statement-by-the-513178> (consultado e 19 de enero de 2024). Entre las medidas que apunta el FMI se encuentran el aumento de la edad legal de jubilación, el incremento del período de carencia, la vuelta al derogado índice de revalorización, exceptuando, eso sí, su aplicación a las pensiones más bajas, o el establecimiento de un sistema de cuentas nacionales.

¹⁹ Junto a otras normas de rango inferior que desarrollan aspectos pendientes de la reforma de 2021. Es el caso del RD 370/2023, de 16 de mayo, por el que se modifica el Real Decreto 1851/2009, de 4 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 161.bis de la Ley General de la Seguridad Social en cuanto a la anticipación de la jubilación de los trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al 45 por ciento; o del RD 371/2023, de 16 de mayo, por el que se desarrolla el régimen jurídico del complemento económico establecido en el artículo 2102 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre

momento se presentaba como una especie de “contrapeso” de la de 2021, a través del establecimiento de medidas principalmente dirigidas a contribuir a la sostenibilidad financiera del sistema (entre ellas, con un papel central, el aumento de período a tener en cuenta para la determinación de la base reguladora de la pensión). No obstante, tras el correspondiente proceso negociador, se reorienta esa finalidad, pasando a constituir una evidente manifestación de la apuesta normativa por un modelo de crecimiento económica y socialmente sostenible²⁰ y por la sostenibilidad integral como elemento esencial del sistema público de pensiones.

Así, esta segunda fase del proceso de reforma vuelve a combinar medidas que se enfocan principalmente en la garantía de la viabilidad económico-financiera del sistema, tanto por el lado de la contención del gasto²¹ como, sobre todo, por el del incremento de los ingresos, con otras en las que el peso mayor lo tiene la dimensión social, mediante la garantía de la suficiencia y adecuación protectora o la reducción de las desigualdades.

Entre estas medidas, y aunque sea de forma breve, son varias las que conviene destacar, diferenciando aquéllas más vinculadas a la garantía de la sostenibilidad del sistema desde un enfoque económico, de aquéllas otras más enfocadas en su dimensión social.

2.2.1 Principales medidas desde el enfoque de la sostenibilidad económico-financiera del sistema

a. El desarrollo de los incentivos para los supuestos de jubilación demorada (art. 210.2 LGSS)

Como se ha apuntado anteriormente, la primera fase de la reforma modificó los incentivos previstos para los supuestos de prolongación voluntaria de la vida laboral activa una vez cumplida la edad legal de jubilación y acreditado el período mínimo de carencia, en un intento de fomentar una práctica realmente poco frecuente en nuestro mercado de trabajo. Para ello, por cada año completo de cotización, transcurrido desde que la persona interesada cumplió la edad ordinaria de jubilación aplicable hasta el momento en que se produce el hecho causante, se contemplaron tres posibilidades, a elegir por el/la propio/a interesado/a en el momento de la solicitud de la pensión: a) un porcentaje adicional del 4% a sumar al que corresponda de acuerdo con el número de años cotizados y que se aplicará a la respectiva base reguladora a efectos de determinar la cuantía de la pensión; b) una cuantía a tanto alzado, cuyo importe varía en función de la cuantía de la pensión y del periodo de cotización, premiando las carreras de cotización más largas (con más de 44 años y 6 meses de cotización); c) o una opción mixta, consistente en la combinación de ambas fórmulas, dejando en este caso su desarrollo pendiente de la correspondiente norma reglamentaria.

²⁰ Molina Navarrete, C. y Villar Cañada, I.M., “Paz social y nuevo paradigma de reformas del sistema público de pensiones...”, op. cit, pág. 16.

²¹ No conviene olvidar que el gasto en pensiones, en términos de porcentaje del PIB, se sitúa en nuestro país por debajo del 12% y, según las estimaciones del Gobierno, se mantendrá en torno al 12,5% hasta 2050, una vez aplicadas las reformas orientadas hacia el incremento de los ingresos.

Pues bien, ese desarrollo se produjo con el RD 371/2023, de 16 de mayo, por el que se desarrolla el régimen jurídico del complemento económico establecido en el artículo 210.2 LGSS. En su art. 3, se contienen las reglas para la determinación de esa fórmula mixta (combinando pago único e incremento porcentual de la pensión), limitando su aplicación a los supuestos en que la persona acredite, al menos, dos años completos adicionales de cotización. Una previsión esta que, sin duda, reduce la aplicación de esta modalidad, al ser poco frecuentes en la práctica los casos en los que el retraso voluntario de la edad de jubilación va más allá de un año²².

La determinación de la cuantía del complemento variará en función del tiempo transcurrido entre la fecha de cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación aplicable y la del hecho causante de la pensión (entre dos y diez años completos o más de once).

A la espera de que el tiempo permita valorar el éxito o no de esta nueva fórmula mixta como un incentivo real para el retraso de la edad de jubilación, no parece que su aplicación vaya a resultar determinante en la toma de la decisión de prolongar la vida laboral, a resultas de los datos ya disponibles en relación a las otras dos fórmulas de incentivo. Y es que, si bien es cierto que con su entrada en vigor en 2022 se ha producido un aumento en el porcentaje de jubilaciones demoradas, sigue siendo una opción muy residual en el conjunto del sistema.

b. La modificación del Mecanismo de Equidad Intergeneracional (art. 127 bis y Disposición Transitoria cuadragésimo tercera LGSS)

Incorporado, como se ha indicado, en la reforma de 2021, fruto del acuerdo con las organizaciones sindicales, se configuró como un instrumento para incrementar los ingresos del sistema y consistente en un porcentaje adicional de cotización aplicable sobre la base de cotización por contingencias comunes cuyo destino es la dotación del Fondo de Reserva y que no tendrá influencia en la cuantía de las prestaciones. Pues bien, el RD Ley 2/2023 contempla el incremento de esa cotización finalista. Así, se contempla que desde 2024 el porcentaje va a ir aumentado de manera progresiva (un 0,1% anual), hasta situarse en 2029 en el 1,2% (1% a cargo de la empresa y 0,2% a cargo de la persona trabajadora).

Un incremento, pues, de la carga de cotización de los dos sujetos obligados (en mayor medida de las empresas, motivo por el cual se descolgaron del acuerdo ya en 2021) con el objetivo de incrementar los recursos necesarios para compensar el incremento del gasto derivado del acceso a la jubilación de los *baby boomers*.

c. El incremento progresivo de las bases máximas de cotización

Es destope (total o parcial) de las bases máximas de cotización ha venido siendo una demanda de diversos sectores desde hace tiempo. La situación económico-financiera del sistema de pensiones

²² En este sentido, Maldonado Molina, J.A., "La reforma de las pensiones de 2023: ¿conciliación de sostenibilidad financiera y social?". Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF, núm. 475, 2023, pág. 24.

y la necesidad de aumentar los recursos del mismo, acentuada por la llegada a la jubilación de la generación del *baby boom*, ha determinado que el propio Pacto de Toledo, en su Recomendación 5, plantease la necesidad de adecuación de las bases —y los períodos— de cotización, considerando indispensable que, “con carácter general, las bases de cotización se adecúen a los rendimientos efectivamente obtenidos por la persona trabajadora, ya sea por cuenta ajena o propia”²³.

Así, según lo dispuesto en la Disp. Transitoria trigésimo octava, desde 2024 hasta 2050, a la subida general de las bases máximas de cotización, prevista en art. 19.3 LGSS, se le va a sumar una cuantía fija anual de 1,2%, debiendo evaluarse cada cinco años en el marco del diálogo social el impacto de ese incremento. Una subida esta que va acompañada también de una subida progresiva, eso sí considerablemente menor, de la pensión máxima (en el caso de las pensiones causadas a partir de 2025, desde ese año hasta 2050, a la subida general establecida en el art. 58.2 LGSS, se añadirá un incremento adicional de 0,115%, y a partir de 2051 y hasta 2065 el incremento anual adicional será el establecido para cada año en el apartado 4 de la Disp. Transitoria trigésimo novena).

Es esa separación gradual y progresiva entre lo aportado al sistema y lo recibido del mismo²⁴ la principal crítica vertida, principalmente desde sector economicista, sobre el destope —parcial— de las bases máximas al considerar que supone un cuestionamiento del tradicional principio de contributividad, característico de nuestra Seguridad Social. Unas críticas que vuelven a sustentarse —una vez más— en una visión parcial y reduccionista del sistema, “olvidando” su necesario e imprescindible carácter solidario. Tal y como establece de manera expresa el Pacto de Toledo, la garantía de la contributividad del sistema, mediante el equilibrio entre las aportaciones realizadas y las prestaciones percibidas debe llevarse a cabo “sin menoscabo de la dimensión solidaria del sistema”. Una exigencia esta derivada de la exigencia constitucional de una asignación equitativa de los recursos públicos (art. 31 CE).

d. El establecimiento de una cuota adicional de solidaridad

Siguiendo la misma línea marcada con la subida de las bases máximas, la recomendación del Pacto de Toledo de que las bases de cotización se adecúen a los rendimientos efectivamente obtenidos por la persona trabajadora se encuentra también en el fundamento de esta medida, novedosa en nuestro ordenamiento y contemplada en el art. 19 bis) LGSS.

Así, a partir de 2025, la parte de los rendimientos percibidos que supere el importe de la base máxima de cotización establecida para las personas trabajadoras por cuenta ajena queda sujeta a una cotización adicional de solidaridad que no se tendrá en cuenta a efectos de la determinación

²³ En la misma línea, la Componente 30 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia hace referencia a la “Adecuación de la base máxima de cotización del sistema” (R.6), mediante el incremento gradual de la base de cotización máxima del sistema, “que deberá ser concurrente con una modificación de la pensión máxima para no alterar la naturaleza contributiva del sistema”.

²⁴ Este “decalaje temporal” supondrá que hasta 2050 el aumento de las bases máximas será de un 30%, mientras que el de la pensión máxima se situará en un 3%, porcentaje que aumentará en 2065 al 20%. Así, en 2050 la diferencia entre base máxima y pensión máxima será aproximadamente un 30% superior a la actual. Vid. Maldonado Molina, J.A., “La reforma de las pensiones de 2023...”, op. cit., pág. 14.

de la base reguladora de una pensión futura y cuyo reparto entre los sujetos obligados a cotizar será el mismo que el de la cuota por contingencias comunes (el 83,4% para la empresa y el 16,6% para la persona trabajadora).

El importe de esta cotización adicional será el resultado de aplicar un tipo del 5,5 por ciento a la parte de retribución comprendida entre la base máxima de cotización y la cantidad superior a la referida base máxima en un 10 por ciento; un tipo del 6 por ciento a la parte de retribución comprendida entre el 10 y el 50 por ciento; y un tipo del 7 por ciento a la parte de retribución que supere ese 50%.

Los colectivos más afectados serán, por tanto, aquellas personas trabajadoras que perciban retribuciones más elevadas, hecho este que sirve de fundamento a gran parte de las críticas que recibe esta nueva fórmula y que se centran en el perjuicio que puede conllevar para la atracción de talento. Unas críticas que han de decaer desde una interpretación correcta del imprescindible carácter solidario del sistema y su adecuada aplicación al actual contexto económico-financiero.

Y no se contempla normativamente, sin embargo, cuál va a ser el destino de la cuota adicional. No obstante esa ausencia de previsión expresa, el art. 118.1 LGSS prevé, como es sabido, que “los excedentes de ingresos que financian las prestaciones de carácter contributivo” han de destinarse al Fondo de Reserva de la Seguridad Social, eso sí, “siempre que las posibilidades económicas y la situación financiera del sistema de Seguridad Social lo permitan”²⁵. Habrá que ver, pues, cómo se interpreta esta salvedad para determinar el destino de las cantidades recaudadas en concepto de esta cotización de solidaridad.

Resulta indudable que el reforzamiento de la cotización por los ingresos reales que conllevan medidas como la elevación de la cuantía de las bases máximas de cotización o cuota adicional de solidaridad implica que los sujetos interesados van a disponer de menos recursos para poder dedicarlos a fórmulas de previsión privada complementaria (teoría de los “vasos comunicantes” en las relaciones entre el sector público y el sector privado de la protección²⁶). De ahí que sean frecuentes las reticencias desde el ámbito económico-financiero frente a medidas como las expuestas, que suponen una ruptura de la tendencia, muy destacada en momentos pasados recientes, de recortes en el sistema público dirigidos a “re-mercantilizar espacios hacia el sector privado”²⁷.

2.2.2 Medidas destacadas desde un enfoque de equidad, suficiencia y adecuación protectora

Como se apuntaba en páginas anteriores, la segunda fase de la reforma de 2023 avanza por la senda iniciada en 2021, sustentando el futuro del sistema público de pensiones sobre una idea de

²⁵ Para el profesor Maldonado Molina, J.A., “La reforma de pensiones de 2023...”, op. cit. pág. 19, la cláusula abierta del art. 118.1 LGSS determina que la dotación del Fondo de Reserva debiera ser el destino de los recursos derivados de esta cotización adicional de solidaridad.

²⁶ Monereo Pérez, J.L., *La reforma del sistema de pensiones en España. Sostenibilidad económico-financiera y adecuación social*. Atelier, Barcelona, 2022, pág. 107.

²⁷ *Ibidem*, pág. 107.

sostenibilidad integral, en virtud de la cual, sin descuidar —lógicamente— la dimensión financiera resulta necesario, al mismo tiempo, tener presente la vertiente social. La búsqueda de instrumentos que contribuyan a garantizar los recursos necesarios para el sistema público de pensiones, siendo imprescindible, no puede hacerse a costa de sacrificar la suficiencia y la adecuación protectora. Lo contrario supondría privar al sistema de Seguridad Social, y particularmente al de pensiones, de la que su razón de ser: la protección, suficiente y adecuada, frente a las diferentes situaciones de necesidad de la ciudadanía.

Con este objetivo, son varias las medidas que incorpora el RD ley 2/2023 en las que está presente, de manera evidente, el avance en esa dimensión de sostenibilidad social, en muchos casos tradicionalmente “olvidada”. Entre ellas, y a grandes rasgos:

a. La nueva regulación del acceso a la jubilación anticipada en el caso de las personas con discapacidad

Al igual que en el caso de la regulación de los incentivos de la jubilación demorada, se trata esta de una cuestión que fue abordada en la Ley 21/2021 (Disp. adicional cuarta), pero quedó pendiente de desarrollo reglamentario, el cual fue realizado por el RD 370/2023, de 16 de mayo, por el que se modifica el Real Decreto 1851/2009, de 4 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 161 bis de la Ley General de la Seguridad Social en cuanto a la anticipación de la jubilación de los trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al 45 por ciento.

Se mejoran así las reglas para el acceso a la jubilación anticipada de este colectivo, reduciendo a cinco años el período durante el cual se debe acreditar haber cotizado estando afecto/a de una discapacidad en grado igual o superior al 45 por ciento debido a alguna de las patologías contenidas en el nuevo anexo que se incorpora al Real Decreto, si bien será necesario demostrar también que la patología se ha padecido durante el período de quince años exigidos para alcanzar la pensión de jubilación (art. 1).

Se introducen asimismo modificaciones en la forma de acreditar el padecimiento de alguna de las patologías relacionadas en el anexo, así como la fecha en que comienza a manifestarse, pudiendo hacerlo ahora mediante informe médico, sin perjuicio de seguir exigiendo que la acreditación de que la discapacidad deriva de dicha patología y de que el grado ha sido igual o superior al 45 por ciento durante al menos cinco años deba efectuarse necesariamente mediante certificación del IMSERSO o del órgano correspondiente de la respectiva comunidad autónoma (art. 5.1 y 2). En este ámbito de la acreditación de las patologías, se desarrolla también la concurrencia en la persona trabajadora de patologías generadoras de discapacidad distintas de las recogidas en el anexo, a efectos de anticipar su edad de jubilación (art. 5.3).

Y se contempla la aprobación, por orden de la persona titular del Ministerio con competencias en Seguridad Social del procedimiento de actualización e inclusión de nuevas patologías generadoras de discapacidad en el nuevo anexo, el cual, con el objetivo de garantizar su objetividad, habrá de realizarse a propuesta de una comisión técnica en la que habrán de existir representación médica y científica, así como de las organizaciones de personas con patologías generadoras de discapacidad.

Se profundiza y mejora, así, en el proceso de jubilación anticipada de un colectivo, el de personas con discapacidades iguales o superiores al 45%, cuya situación en el mercado de trabajo requiere una atención específica, en una evidente manifestación del interés legislativo por la adecuación protectora, más allá de los costes que la misma pueda conllevar para el sistema.

b) El reforzamiento de la garantía de suficiencia de las pensiones mínimas

El papel central de la garantía de un nivel de recursos suficientes como instrumento para que las personas mayores puedan “llevar una existencia decorosa y desempeñar un papel activo en la vida pública” (art. 4 del Protocolo adicional de la Carta Social Europea), debiera estar fuera de toda duda. Una idea esta de la vinculación directa de la suficiencia protectora y la dignidad de la persona manifestada expresamente en la Recomendación 15 del Informe del Pacto de Toledo 2020, que apuesta por “la importancia de contar con indicadores de suficiencia que a través de la delimitación de umbrales de referencia sirva para reforzar la efectividad de la lucha contra la pobreza” y que habrán de ser revisados y valorados periódicamente para poder, “en caso de desviación, adoptar las medidas oportunas”.

La Disp. final quinta de la Ley 21/2021 abordó esta cuestión de la suficiencia de las pensiones mínimas encomendando al Gobierno, en el marco del diálogo social, la revisión de sus cuantías y el impulso, en el plazo de un año, “de las modificaciones normativas necesarias para establecer reglas relativas a la evolución de las pensiones mínimas”, teniendo en cuenta para ello la evolución del salario mínimo interprofesional.

Pues bien, en cumplimiento de ese mandato, el RD ley 2/2023 incorpora una nueva Disp. adicional 53ª a la LGSS. En ella —con una considerable complejidad en la redacción— se aborda esta cuestión de las pensiones mínimas, introduciendo para su determinación el concepto del “umbral de la pobreza” (no el SMI, como se apuntaba en 2021) como indicador objetivo de referencia.

Así, respecto a la pensión de jubilación contributiva, desde este año 2024 dicha cuantía mínima para mayores de 65 años con cónyuge a cargo se va a ir incrementando de forma progresiva hasta que en 2027 no pueda ser inferior al umbral de pobreza fijado para un hogar compuesto por dos personas adultas (apartado 2)²⁸.

Por lo que respecta a la pensión de viudedad con cargas familiares y a las pensiones contributivas con cónyuge a cargo (salvo la de incapacidad permanente total de menores de 60 años), se establece su equiparación al citado indicador de referencia desde 2024. El resto de las cuantías mínimas de las pensiones contributivas, una vez revalorizadas, se incrementarán adicionalmente cada año y en el mismo periodo en un porcentaje equivalente al 50 % de los porcentajes previstos para la pensión de jubilación.

²⁸ La determinación de ese umbral de la pobreza se realizará multiplicando por 1,5 el umbral de la pobreza correspondiente a un hogar unipersonal en los términos establecidos en el último dato disponible de la Encuesta de Condiciones de Vida del Instituto Nacional de Estadística, actualizada hasta el año correspondiente de acuerdo con el crecimiento medio interanual de esa renta en los últimos ocho años.

Y respecto a las pensiones no contributivas, una vez revalorizadas conforme a lo previsto con carácter general en el artículo 62 de la LGSS, se prevé un incremento adicional cada año, en el mismo periodo y por el mismo procedimiento previsto para la pensión de jubilación, pero con la referencia de multiplicar por 0,75 el umbral de la pobreza de un hogar unipersonal²⁹.

Además, el Gobierno habrá de realizar un informe anual de seguimiento sobre la evolución de las pensiones mínimas y las no contributivas, evaluando su impacto en la reducción de la pobreza, y proponiendo, en su caso, las revisiones que resulten necesarias para contribuir a que estas prestaciones eliminen la pobreza y dignifiquen el nivel de vida de sus perceptores.

La valoración de esta apuesta legislativa expresa por la suficiencia de las pensiones no puede sino ser positiva. No obstante, pese a ello y a que en los últimos años las pensiones mínimas y las no contributivas vienen siendo revalorizadas por encima del IPC, no puede obviarse que su limitada cuantía sigue lejos aún de garantizar una protección suficiente, como exige el mandato constitucional y la Carta Social Europea (arts. 12 y 13).

c) La ampliación del período a tener en cuenta para la determinación de la base reguladora de la pensión de jubilación

Puede llamar la atención que una medida, planteada inicialmente como instrumento para reducir la cuantía de la pensión de jubilación, aparezca incluida en este análisis entre las orientadas hacia la sostenibilidad social del sistema. La ampliación del período computable a efectos de la determinación de la base reguladora, conlleva, sin duda, la reducción de la cuantía de la pensión y con ese objetivo fue diseñada en su origen. No obstante, fruto del proceso de diálogo social, esa finalidad originaria de reducción del gasto para el sistema se ha visto transformada hacia la de mejora de la protección, a través del incremento de la cuantía de la pensión, sobre todo para aquellos colectivos de personas trabajadoras con vidas laborales más cortas e inestables, contribuyendo así a la solidaridad y equidad del sistema de pensiones, aún a costa del incremento del coste para el mismo.

Este cambio deriva de la utilización de una técnica, poco frecuente en nuestro ordenamiento jurídico de Seguridad Social, consistente en el descarte de los peores años de la trayectoria de cotización del trabajador/a. Una posibilidad esta que ya aparecía apuntada, bien es cierto que con carácter excepcional, y siempre que ello no ocasionase “un quebranto grave sobre la sostenibilidad financiera del sistema”, en la Recomendación 11 del Pacto de Toledo 2020³⁰.

El RD ley 2/2023 ha eliminado la señalada exigencia de excepcionalidad y ha ampliado así a 29 años (348 meses) el período de cómputo para la determinación de la base reguladora, pero con la

²⁹ La determinación de esas cuantías en cada caso se realizará para cada año en las respectivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado.

³⁰ En concreto, se establece que “cabría valorar la posibilidad de la inclusión de medidas que, con carácter excepcional, reconozcan la capacidad del beneficiario para descartar algún año concreto del período de cálculo ordinario o para escoger el específico tramo de la carrera de cotización sobre el que va a aplicarse la fórmula de cálculo para la determinación de su pensión”.

posibilidad de excluir de oficio los 2 años (24 meses) menos favorables para la persona trabajadora. La ampliación de llevará a cabo, de manera progresiva, desde 2026, (Disp. Transitorias 4 y 40 LGSS)³¹.

d) El objetivo de la disminución de la brecha de género pensional como instrumento clave para avanzar en la suficiencia y equidad del sistema

Son sobradamente conocidas las diferencias en el papel que mujeres y hombres ocupan en el mercado laboral. Y también lo son las consecuencias que para las mujeres derivan de ello, tanto en lo relativo al acceso a la protección como en la intensidad protectora dispensada por el sistema de público de pensiones. Y es que los “derechos de la Seguridad Social” siguen constituyendo uno de los sectores del ordenamiento “más viciados jurídicamente en perspectiva de género”³².

Cualquier reforma que pretenda sustentarse sobre la garantía de la sostenibilidad integral del sistema de pensiones, avanzando en su suficiencia y equidad debiera, pues, tener en cuenta la dimensión de género. Pese a ello, tradicionalmente esa perspectiva venía quedando muy diluida entre el grueso de las reformas operadas en el sistema. Así, salvo algunas medidas concretas limitadas, en la mayoría de los casos, al reconocimiento de períodos de cotización presuntos dirigidos a atenuar parcialmente los efectos que sobre las carreras de seguro tienen las interrupciones de la vida laboral —y los consiguientes vacíos de cotización— derivadas del desempeño de responsabilidades de cuidado³³, el legislador “olvidaba” la perspectiva de género, limitando el objetivo de las reformas a la garantía de la sostenibilidad del sistema, pero desde una perspectiva exclusivamente económico-financiera.

Pues bien, esta tendencia parece estar cambiando. La toma de conciencia, tanto desde instancias comunitarias³⁴ como nacionales³⁵ sobre la necesidad de poner en marcha instrumentos que contribuyan a reducir las diferencias entre mujeres y hombres en el ámbito laboral y en el sistema de Seguridad Social ha comenzado a plasmarse en los últimos años en medidas con una específica y directa dimensión de género, entre las que cabe señalar la equiparación para ambos progenitores de los permisos por nacimiento y cuidado del menor (RD 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); el complemento para la reducción de la brecha de género (RD ley 3/2021, de 2 de

31 Un minucioso análisis de la reforma de 2023 y, particularmente, de la nueva forma de determinación de la base reguladora y su aplicación gradual en Maldonado Molina, J.A., “La reforma de las pensiones de 2023...”, op. cit., págs. 27 y ss.

32 Miñarro Yanini, M. y Molina Navarrete, C., *Una reinención sistemática de la Seguridad Social: reformas legales y reinterpretaciones judiciales de diligencia debida para corregir sus brechas de género*. Bomarzo. Albacete, 2023, pág. 17.

33 Un análisis de estas medidas en Villar Cañada, I.M., “La reforma del sistema de pensiones...”, op. cit., págs. 103 y ss.

34 En este sentido se manifiesta la Comisión Europea en la *Estrategia europea para la igualdad de género (2020-2025)* y el Parlamento Europeo en Resolución de 21 de enero de 2021, sobre la estrategia de la Unión para la igualdad de género (proc. 2019/2169 (INI)).

35 El Informe del Pacto de Toledo 2020 parte de la necesidad de tener en cuenta la transversalidad del principio de igualdad por razón de género en la adopción de cualquier medida de reforma del sistema de pensiones, así como de la ineficacia e insuficiencia de las reformas que se venían operando con el objetivo de reducir la brecha de género en el sistema de Seguridad Social (Recomendación 17).

febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico)³⁶; o el reconocimiento del derecho a protección por desempleo del colectivo de empleadas de hogar (RD ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar).

El RD ley 2/2023 viene a profundizar en ese cambio de enfoque legislativo e introduce un conjunto de medidas con el objetivo —presente en el propio título de la norma— de contribuir a la reducción de la brecha de género y a la ampliación de los derechos de los pensionistas. Entre ellas, se encuentra, por ejemplo, el anteriormente comentado reforzamiento de la garantía de la suficiencia protectora mediante el establecimiento del “umbral de pobreza” como indicador de referencia para la determinación de la cuantía mínima de las pensiones, lo cual, sin duda, beneficia particularmente a aquellos colectivos que ocupan una posición más débil en el mercado de trabajo, la cual determina una protección más limitada en el sistema de pensiones, y entre los que se encuentran las mujeres.

Asimismo, se continúa avanzando en el reconocimiento como cotizados de los períodos de suspensión del contrato de trabajo o reducción de jornada derivados del disfrute por parte de las personas trabajadoras —que seguimos siendo mujeres en la mayoría de los casos— de los derechos laborales de conciliación, con el objetivo de reducir las lagunas en las carreras de seguro motivadas por la asunción de esas responsabilidades de cuidado que, en la práctica, van a perjudicar la cuantía de la pensión. Así, se reconocen como cotizados tres años en el caso de excedencia por cuidado de familiares³⁷; los tres primeros años de reducción de jornada por guarda legal; o el período de reducción de jornada por nacimiento y cuidado de menor y entre los 9 y los 12 meses del lactante cuando ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores ejerzan el derecho a la reducción de jornada por lactancia con la misma duración y régimen.

Se contempla también, como medida temporal, un incremento del 10% del importe del complemento para la reducción de la brecha de género, adicional a su revalorización anual conforme al IPC, en el periodo 2024-2025 (disposición transitoria primera del RDL 2/2023). Una medida esta con una visión cortoplacista, motivada en gran parte por intereses que poco tienen que ver con el de la reducción real de la brecha de género pensional y que, en la práctica, tiene un carácter limitado (por el escaso período de tiempo en que va a aplicarse), sirviendo simplemente para enmascarar de forma temporal las desigualdades que siguen existiendo en nuestro sistema público de pensiones entre mujeres y hombres³⁸.

36 Un interesante análisis crítico del complemento en Gala Durán, C., “El nuevo complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género: ¿lo que mal empieza mal acaba? Temas Laborales, núm. 158, 2021.

37 El art. 46.3 ET establece una duración máxima de esta excedencia por cuidado de familiares de dos años, por lo que esta ampliación del período considerado como cotizados solamente será efectiva en aquellos casos en el convenio colectivo aplicable contemple una mejora de la regulación legal, lo que, en la práctica, se va a traducir en una aplicación limitada de esa ampliación.

38 Ballester Pastor, I., “El RD-ley 2/2023, de 16 de marzo: primeras impresiones de la esperada segunda fase de reforma de las pensiones”. Briefs 27, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, año 2023. https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2023/03/27_BALLESTER_reforma-pensiones.pdf (consultado el 30 de enero de 2024).

Y se produce también, desde octubre de 2023, la equiparación del trabajo a tiempo parcial con el trabajo a tiempo completo a efectos tanto del cómputo del período de carencia para el acceso a las pensiones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, nacimiento y cuidado de menor, como para fijar el porcentaje aplicable sobre la base reguladora para determinar la cuantía de la pensión de jubilación. Se trata, el de las personas trabajadoras a tiempo parcial, de un colectivo fuertemente feminizado, por lo que esa consideración completa de los períodos cotizados, cualquiera que sea la duración de la jornada realizada en cada uno de ellos, va a beneficiar en mayor medida a las mujeres.

Pero si hemos de destacar una medida con particular enfoque de género en esta segunda fase del proceso de reforma del sistema público de pensiones, es la referida a la modificación del procedimiento de integración de lagunas en el caso de las mujeres y las personas trabajadoras a tiempo parcial.

El procedimiento de integración de lagunas de cotización y sus sucesivas reformas han ido dando lugar a su configuración como instrumento dirigido hacia la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones. Sin embargo, la reforma de 2023 cambia —también en este caso— la finalidad de esta medida, reorientándola hacia la contribución a su sostenibilidad social en los supuestos de mujeres y del colectivo personas trabajadoras a tiempo parcial. Una contribución particularmente importante si se vincula al referido incremento del período de cómputo para determinar la base reguladora, lo que supone un aumento de la posibilidad de que aparezcan períodos carentes de cotización³⁹.

La propia Recomendación 17 del Pacto de Toledo 2020 abordó esta cuestión poniendo de relieve la necesidad de adoptar las correcciones necesarias para evitar que las lagunas de cotización causen un efecto desproporcionado en el cálculo de las pensiones, principalmente de quienes tienen carreras profesionales más irregulares, debiendo favorecerse el acceso pleno de las mujeres a pensiones propias.

Nos hallamos, pues, ante una medida de acción positiva directamente dirigida hacia la reducción de la brecha de género, todavía muy elevada en nuestro sistema de pensiones, pese, como se viene indicando, a la implantación en los últimos años de diversas medidas en este sentido.

Por lo que respecta a las personas trabajadoras a tiempo parcial, se produce la equiparación con las reglas aplicables en el caso de trabajo a tiempo completo (art. 248.2 LGSS, que remite a las reglas que los arts. 197.4 y 209.1 LGSS establecen para los/as trabajadores/as a tiempo completo), poniendo fin a la arbitrariedad de la regulación anterior en la que la integración por tiempo completo o parcial dependía del régimen en el que la persona estuviese encuadrada en el mes anterior⁴⁰. Una mejora esta, como se apuntaba, que tiene una particular trascendencia desde la perspectiva de género.

³⁹ La integración de lagunas se extiende a la totalidad de ese período de cómputo (los 348 meses anteriores al mes previo al del hecho causante), pese a que posteriormente puedan descartarse los 24 más desfavorables, entre los que podrán encontrarse, con alta probabilidad, los que incluyan lagunas de cotización integradas.

⁴⁰ Pese a esta arbitrariedad, esta cuestión no fue considerada discriminatoria, ni por el TJUE (sentencia de 14 de abril de 2015 (asunto C-527/13, Lourdes Cachaldora) ni por el Tribunal Constitucional (STC 110/2015, de 28 de mayo).

LA GARANTÍA DE LA SOSTENIBILIDAD INTEGRAL COMO OBJETIVO ESENCIAL EN EL SISTEMA DE PENSIONES

Y directamente respecto a las mujeres trabajadoras por cuenta ajena⁴¹, se regula un procedimiento diferenciado, y más favorable. Así, a partir de 2026⁴² y mientras la brecha de género de las pensiones de jubilación sea superior al 5%, desde la laguna 49 a la 60 la integración se realizará con el 100 % de la base mínima de cotización del régimen general que corresponda al mes respectivo. Y desde la mensualidad 61 a la 84, el porcentaje será del 80% de la misma base (Disp. transitoria cuatragésima primera).

Nos encontramos, como se apuntaba, ante una mejora evidente.

Sin embargo, no puede dejar de llamarse la atención sobre el hecho de que la misma no resulta aplicable a las trabajadoras por cuenta propia, pese a tratarse de un colectivo respecto en el que se acentúan, más si cabe, las dificultades para acceder a una protección suficiente y adecuada. A pesar de ello, queda fuera de este régimen particular de integración de lagunas de cotización⁴³. Es real el avance que supone para el colectivo de personas trabajadoras autónomas que el art. 322 LGSS reconozca ahora (a partir de 2026) con carácter general la posibilidad de integrar lagunas. Pero se trata esta de una integración limitada, tanto por su duración como por los requisitos a cumplir. Y es que se contempla solamente para los supuestos en que, con posterioridad a la extinción de la prestación económica por cese de actividad, existan periodos en los cuales no hubiese existido obligación de cotizar, integrándose las lagunas de cotización exclusivamente de los siguientes 6 meses de cada uno de dichos periodos con la base mínima del RETA. Una mejora, pues, que “se queda corta” respecto a la prevista en el Régimen General y más aún en el caso de las mujeres trabajadoras autónomas.

Y, para terminar este bloque de medidas con enfoque de género, conviene, al menos, dejar constancia de la posibilidad, contenida en la Disposición adicional trigésimo séptima LGSS, de que en el marco del diálogo social puedan fijarse, con carácter temporal (mientras la brecha de género sea igual o superior al 5%), “otras medidas de acción positiva para el cálculo de las prestaciones en favor de las mujeres”. Queda abierta, pues, la vía para que puedan ir incorporándose nuevas medidas con el objetivo de seguir reduciendo la brecha de género prestacional como elemento clave para contribuir a la equidad del sistema de Seguridad Social.

41 Para evitar la tacha de discriminación, este procedimiento particular también resultará de aplicación a los hombres que se encuentren en una situación comparable, cuando hayan visto interrumpida o afectada su carrera profesional por el nacimiento o adopción de un/a hijo/a, en términos muy similares a los previstos para el complemento para la reducción de la brecha de género (art. 60.1 LGSS), aunque no se exige que la pensión del hombre sea superior a la del otro progenitor ni que deba tener derecho al complemento para la reducción de la brecha de género.

42 Inicialmente estaba prevista su aplicación a partir de 2027, pero el proceso negociador culminado en el acuerdo con las organizaciones sindicales dio lugar al adelanto de un año en su aplicación. No obstante, no termina de entenderse la demora en la aplicación de esta medida de acción positiva.

43 Villar Cañada, I.M., “La última —por el momento— reforma del sistema público de pensiones en clave de género. La garantía de una protección suficiente como objetivo, también para las mujeres pensionistas”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 477, 2023, pág. 114.

3. CONCLUSIONES

Sin duda, el sistema público de pensiones constituye una pieza clave del Estado Social de Derecho; “la más fascinante y exitosa inversión productiva” de la economía del bienestar⁴⁴. La garantía de su sostenibilidad ha de ser, pues, un objetivo esencial de los poderes públicos. Pero para su adecuada realización resulta imprescindible tener claro que esa sostenibilidad no puede enfocarse exclusivamente desde una dimensión económico-financiera. Junto a ella, la dimensión social, durante mucho tiempo “olvidada”, debe ocupar un papel protagonista en los distintos procesos de reforma que sea necesario ir acometiendo con el objetivo de dar cumplimiento al mandato del art. 41 CE y a los compromisos derivados de la Carta Social Europea.

Tradicionalmente la relación —de tensión— entre sostenibilidad económica y suficiencia y adecuación protectora ha venido decantándose en la mayor parte de las ocasiones del lado de la primera. En los distintos procesos de reforma, el objetivo de garantizar los recursos necesarios para atender las obligaciones presentes y futuras del sistema de pensiones se venía materializando en medidas, principalmente dirigidas a la reducción de los gastos, a costa, en muchas ocasiones del sacrificio de dos rasgos que son esenciales en nuestro sistema: la solidaridad, la suficiencia protectora, la equidad... El enfoque económico se venía así imponiendo a la, también imprescindible, dimensión social.

Tras las experiencias de las reformas de 2011 y, sobre todo, de 2013, el último paquete de reformas sobre nuestro sistema de pensiones, articulado, como es sabido, en dos fases (2021, 2023) parece haber introducido un —afortunado— cambio de enfoque. Así, por una parte, junto a las medidas tendentes a la contención de los gastos, se actúa ahora también con el objetivo de incrementar los ingresos del sistema. Y, por otra, sin renunciar a la búsqueda de esa viabilidad económico-financiera, que, por supuesto, resulta imprescindible y al principio de contributividad que caracteriza a nuestro sistema de pensiones, ha cobrado protagonismo entre los objetivos del legislador la dimensión social. La idea tradicional de sostenibilidad se amplía pues, apostándose legislativamente por un concepto más amplio, más integral y más adecuado.

Y así se refleja en el grueso de las medidas de reforma —algunas ya vigentes, otras pendientes de aplicación— que se han ido incorporando en los últimos años. En este trabajo se ha pretendido ofrecer una visión general de las más destacadas y de cómo resulta posible conciliar las dos vertientes (económica y social) en la búsqueda de la sostenibilidad de nuestro sistema de pensiones. Porque, no sólo es posible, sino que resulta imprescindible para dar una respuesta adecuada a las necesidades de la población, objetivo esencial del sistema de Seguridad Social.

Aún son varias las voces que, principalmente desde el sector economicista, se vienen levantando contra el enfoque social de las reformas. Pero resulta necesario superar esa visión limitada, que considera la dimensión social, la suficiencia y la equidad prestacional, como un coste, sustituyéndola

44 Molina Navarrete, C. y Villar Cañada, I.M., “Paz social y nuevo paradigma de reformas del sistema publico de pensiones...”, op. cit. pág. 29.

por una nueva perspectiva que la identifica como una oportunidad para el desarrollo económico y, por tanto, como un factor clave para el crecimiento y mantenimiento del empleo. El colectivo de pensionistas, cada vez más numeroso, se configura, así, como fuente de nuevos sectores de oportunidad económica y de empleo, al generar nuevos bienes, servicios y, por ende, puestos de trabajo.

Sin duda, la necesaria adecuación del sistema público de pensiones a las demandas de la población, hará necesario seguir acometiendo reformas sobre el mismo que, para ser eficaces, habrán de sustentarse sobre esa idea de sostenibilidad integral, combinando contributividad y solidaridad, función contributiva y función distributiva del sistema. Sólo así se puede contribuir a que, además, sean asumidas socialmente.

Y para ello es clave, además, que esas reformas continúen por la senda de diálogo social, que ha caracterizado las dos fases del último proceso reformista. Y es que, el consenso, social y político, la búsqueda del equilibrio entre los distintos intereses en liza, resulta un elemento clave si se pretende que los cambios que se vayan operando sean socialmente aceptados, contribuyendo a incrementar la —a veces maltrecha— confianza de la ciudadanía en nuestro sistema público de pensiones.

4. BIBLIOGRAFÍA CITADA

Ballester Pastor, I., "El RD-ley 2/2023, de 16 de marzo: primeras impresiones de la esperada segunda fase de reforma de las pensiones", Briefs 27, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, año 2023. https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2023/03/27_BALLESTER_reforma-pensiones.pdf

Gala Durán, C., "El nuevo complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género: ¿lo que mal empieza mal acaba? *Temas Laborales*, núm. 158, 2021.

Maldonado Molina, J.A., "La reforma de las pensiones de 2023: ¿conciliación de sostenibilidad financiera y social?", *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 475, 2023.

Maldonado Molina, J.A., "Las jubilaciones anticipadas y por edad reducida en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre", *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 467, 2022.

Miñarro Yanini, M. y Molina Navarrete, C., *Una reinversión sistemática de la Seguridad Social: reformas legales y reinterpretaciones judiciales de diligencia debida para corregir sus brechas de género*, Bomarzo. Albacete, 2023.

Molina Navarrete, C. y Villar Cañada, I.M., *Industria 5.0, transición ecológica y pilares de las pensiones. Del ingreso mínimo vital a la nueva previsión social profesional*, Centro de Estudios Financieros. Madrid, 2022.

Molina Navarrete, C. y Villar Cañada, I.M., "Paz social y nuevo paradigma de reformas del sistema público de pensiones: de la sostenibilidad financiera a la social", *Revista de Estudios Latinoamericanos* núm. 15, vol. I, 2023.

Molina Navarrete, C., *La nueva pensión de jubilación, pública y privada, tras las últimas reformas. Entre suficiencia y sostenibilidad financiera*. La Ley. Madrid, 2022.

LA GARANTÍA DE LA SOSTENIBILIDAD INTEGRAL COMO OBJETIVO ESENCIAL EN EL SISTEMA DE PENSIONES

Monereo Pérez, J. L., "Notas sobre la sostenibilidad económica y social de las pensiones en la perspectiva constitucional y legal. Propuestas de mejora", *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 2, 2018.

Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A., "Recomendación 0. Defensa del mantenimiento y mejora del sistema público de pensiones: la opción por reformas paramétricas para garantizar las pensiones", en AA.VV. (Hierro Hierro, F.J. dir.): *Perspectivas jurídicas y económica del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo (2020)*, Thompson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2021.

Monereo Pérez, J.L., "El derecho a la Seguridad Social (Artículo 41 de la Constitución)", en VV.AA. (Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N. dirs.), *Comentarios a la Constitución Socioeconómica de España*, Comares, Granada, 2002.

Monereo Pérez, J.L., "La garantía de las pensiones. Desafíos para la sostenibilidad económica y social", *Revista de Estudios Jurídico-laborales y de Seguridad Social*, núm. 3, 2021.

Monereo Pérez, J.L., *La reforma del sistema de pensiones en España. Sostenibilidad económico-financiera y adecuación social*, Atelier, Barcelona, 2022.

Pérez del Prado, D., "La sostenibilidad integral de las pensiones: un análisis cuantitativo". *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 30, 2022.

Vicente Palacio, A., "Crisis y Seguridad Social". *Revista Derecho Social y empresa*, núm. 3, 2015.

Vila Tierno, F., Gutiérrez Bengoechea, M. y Benítez Llamazares, N., "Suficiencia y sostenibilidad en el marco de la Ley 21/2021. Especial atención al mecanismo de equidad intergeneracional", *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 467, 2022.

Villar Cañada, I.M., "La reforma del sistema de pensiones. ¿Dónde queda –una vez más– la dimensión de género?", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 468, 2022.

Villar Cañada, I.M., "El concepto de «Industria 5.0», emergencia climática y sistemas de protección social", *Documentación Laboral*, núm. 128, 2023.

Villar Cañada, I.M., "La última –por el momento– reforma del sistema público de pensiones en clave de género. La garantía de una protección suficiente como objetivo, también para las mujeres pensionistas", *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 477, 2023.

NUEVO ENVITE LEGISLATIVO SOBRE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN EL ORDEN SOCIAL*

NEW LEGISLATIVE CHALLENGE ON ENFORCEMENT OF JUDGMENTS IN THE SOCIAL FIELD

Marina Fernández Ramírez

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Málaga

mfernandezr@uma.es ORCID [0000-0001-7553-1234](https://orcid.org/0000-0001-7553-1234)

Recepción de trabajo: 19-02-2024 - Aceptación: 27-02-2024 - Publicado: 22-03-2024

Páginas: 120-140

- 1. CUESTIONES PRELIMINARES. ■ 2. BREVE RECAPITULACIÓN SOBRE LA EJECUCIÓN EN EL ORDEN SOCIAL. ■ 2.1. Supuestos de suspensión y aplazamiento de la ejecución. ■ 2.2. Reglas para la suspensión de la ejecución. ■ 2.3. Transacción en la ejecución. ■ 3. CONCRETAS MODIFICACIONES CON EL NUEVO REAL DECRETO-LEY 6/2023, DE 19 DE DICIEMBRE, POR EL QUE SE APRUEBAN MEDIDAS URGENTES PARA LA EJECUCIÓN DEL PLAN DE RECUPERACIÓN, TRANSFORMACIÓN Y RESILIENCIA EN MATERIA DE SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA, FUNCIÓN PÚBLICA, RÉGIMEN LOCAL Y MECENAZGO. ■ 3.1. Supuestos de suspensión y aplazamiento de la ejecución. ■ 3.2. Nueva posibilidad para la suspensión o aplazamiento de la ejecución. ■ 3.3. Ejecuciones colectivas. ■ 3.3.1. El artículo 247 bis de la LRJS. ■ 3.3.2. El artículo 247 ter de la LRJS. ■ 4. REFLEXIONES CRÍTICAS. ■ 5. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

* Esta obra se enmarca en el contexto del Grupo de Investigación financiado por la Junta de Andalucía (PAIDI SEJ-347), "Políticas de Empleo, Igualdad e Inserción social".

RESUMEN

La adaptación de la realidad judicial española del siglo XXI al marco tecnológico contemporáneo ha provocado que se acometa una oportuna reforma del orden jurisdiccional social, por vía del RD-ley 6/2023, de 19 de diciembre, especialmente, en términos de digitalización y eficiencia procesal como pasos fundamentales para un sistema judicial más ágil y accesible. En concreto, y en el pleno convencimiento de que la regulación de nuestro proceso laboral admite un claro margen de mejora en lo referente a la ejecución de sentencias y demás títulos ejecutivos, se ha procedido a la modificación de ciertos artículos de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social. Es, precisamente, la disección y evaluación crítica de esta reforma, al objeto de asegurar su suficiencia, así como que cumplen con los objetivos previstos, lo que motiva la existencia de este ensayo.

PALABRAS CLAVE: tecnologías digitales, impacto, reforma, orden jurisdiccional social, ejecución de sentencias, mejoras.

ABSTRACT

The adaptation of the Spanish judicial reality of the 21st century to the contemporary technological framework has led to a timely reform of the social jurisdictional order, by means of RD-Law 6/2023, of 19 December, especially in terms of digitalisation and procedural efficiency as fundamental steps towards a more agile and accessible judicial system. Specifically, and in the full conviction that there is clear room for improvement in the regulation of our labour proceedings with regard to the enforcement of judgments and other enforceable instruments, certain articles of Law 36/2011, Regulating the Social Jurisdiction, have been amended. It is precisely the dissection and critical evaluation of this reform, in order to ensure its sufficiency, as well as its compliance with the intended objectives, which motivates the existence of this essay.

KEYWORDS: digital technologies, impact, reform, social jurisdictional order, enforcement of judgments, improvements.

El tiempo se bifurca perpetuamente hacia innumerables futuros

Jorge Luis Borges¹

1. CUESTIONES PRELIMINARES

El proceso de ejecución es la actividad jurisdiccional destinada a la realización efectiva de un derecho reconocido por un título ejecutivo (una sentencia firme o un título equivalente) a través de la coacción ejercida por el poder del Estado. Esto es así, en tanto que las previsiones del derecho material carecen de virtualidad práctica, si no existe la posibilidad de acudir a la Jurisdicción para que esta declare cuál es el derecho aplicable a un problema concreto a través de un proceso de cognición; pero, por otra parte, esta actividad jurisdiccional carece de sentido si los derechos reconocidos por ella no pueden hacerse efectivos, en último término, de manera forzosa².

De este modo, sí el condenado no cumple voluntariamente lo recogido en la sentencia, es preciso que se siga una actividad jurisdiccional que tenga como finalidad hacer efectivo el derecho reconocido en la resolución judicial. Las funciones declarativas, tutelar y ejecutivas integran la potestad jurisdiccional. El ejercicio de dichas funciones es necesario para hacer efectiva la tutela judicial. Ésta, forma parte del derecho a obtener la ejecución de la sentencia³.

Ello significa que, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución (en adelante, CE), no solo implica la obtención de una respuesta congruente y razonada al problema planteado, sino que también incluye un derecho a la ejecución de las sentencias⁴. Igualmente, la potestad jurisdiccional, no solo consiste en juzgar, sino también en ejecutar lo juzgado, a lo que hay que añadir, la tutela cautelar⁵. A alcanzar esta finalidad se dirige el proceso de ejecución, dando de esta forma cumplimiento al artículo 117.3 CE. Por supuesto, el hecho de que los ciudadanos puedan acudir a la vía ejecutiva constituye un incentivo para que los sujetos obligados por un título ejecutivo cumplan con sus obligaciones por sí mismos, sin necesidad de acudir al poder judicial.

Pues bien, siguiendo la estela iniciada por la ya derogada Ley 18/2011, de 5 de julio reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, e impulsada

1 Borges, J. L., *Ficciones* (1944), en *Obras Completas 1941-1960*, Madrid, Círculo de Lectores, 1992, pág. 69.

2 Vid. Gil Plana, J., "La razón de ser del procedimiento laboral (II)", *Revista Española de Derecho del Trabajo* num.172/2015, *Aranzadi digital* (Versión online: BIB 015\110).

3 Artículos 24.1 y 118 CE.

4 Cabero Morán, E. y Nevado Fernández, M. J., "Ejecución de sentencias laborales y tutela judicial efectiva", Universidad de Salamanca, *Revista de Derecho Privado y Constitución*, Núm. 4. septiembre-diciembre, 1994, págs. 317-354.

5 STC 32/1982, de 7 de junio (ECLI:ES:TC:1982:32).

NUEVO ENVITE LEGISLATIVO SOBRE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN EL ORDEN SOCIAL

por la crisis de la COVID sufrida en el año 2020 que evidenció aún más la imperiosa necesidad de alcanzar una adecuación tecnológica de la Administración de Justicia, se ha legislado recientemente el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo (en adelante, RD-ley 6/2023)⁶.

En virtud del mismo, se cumple en plazo y forma con varios compromisos recogidos en el Plan de Recuperación pactado con la Comisión Europea en estas materias y se aprueban, mediante este RDL 6/2023, algunas normas que se estaban tramitando como proyectos de ley en la anterior legislatura, pero decayeron con la convocatoria de elecciones generales. Esto permitirá al Gobierno solicitar con todas las garantías el cuarto desembolso correspondiente a los fondos europeos (Next Generation) asignados a España.

Para ello, se rescata gran parte de la regulación prevista en los Proyectos de Ley 121/000116, de Medidas de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia y 121/000097, de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia, cuya tramitación quedó interrumpida con la disolución de las Cortes por la convocatoria de elecciones generales el pasado mes de mayo.

El propósito fundamental del RD-ley 6/2023 es adaptar el sistema judicial a la nueva realidad tecnológica del siglo XXI, garantizando la eficiencia del servicio público y facilitando la intervención telemática de los ciudadanos⁷. Se ha pretendido dotar a la Administración de Justicia de herramientas para un servicio eficiente y acorde a la realidad y a las necesidades de ciudadanos y empresas, incidiendo especialmente en la digitalización y en la agilización procesal⁸.

Se trata de una norma extensa, que operará a partir del 20 de marzo de 2024 y que trae consigo cambios en la tramitación de los procedimientos judiciales en todas las jurisdicciones; civil, penal, contencioso-administrativa y, por supuesto, laboral (social). De hecho, encontramos diversas referencias en el texto al estricto ámbito laboral y al orden jurisdiccional social, incorporando novedades relativas a modificaciones diversas en la tramitación de los procedimientos laborales, desde los apoderamientos a la acumulación de acciones⁹.

6 Vila Tierno, F., "Análisis de urgencia de las modificaciones introducidas en el RDL 6/2023, de 19 de diciembre, en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social", *AEDTSS*, Briefs AEDTSS, 72, 2023.

7 Sobre este particular, *vid* Gil Plana, J., "La eficiencia procesal como causa reformista del proceso laboral", en AA.VV., *La reforma del proceso en el Orden Social derivada del RDL 6/2023, de 19 de diciembre. Comentario de urgencia*, Francisco Vila Tierno (Dir.), Gloria María Montes Adalid, Raquel Castro Medina (Coords), ed. Laborum, 2024, págs. 79-109.

8 Páez Escámez, R., "Modificaciones operadas por el RDL 6/2023 en la LEC con transcendencia en el Procedimiento Laboral", en AA.VV., *La reforma del proceso en el Orden Social derivada del RDL 6/2023, de 19 de diciembre. Comentario de urgencia*, Francisco Vila Tierno (Dir.), Gloria María Montes Adalid, Raquel Castro Medina (Coords), ed. Laborum, 2024, págs. 31-48.

9 *Vid* Guadalupe Hernández, H., Segoviano Astaburuaga, M. L., Molina Navarrete, C. y Tarajano Mesa, D., "Prólogo" en VVAA. *Retos de la Jurisdicción Social en los nuevos escenarios del trabajo: balance y perspectivas de futuro*. Ediciones CEF, 2023, págs. 9-14.

En este sentido, el artículo 104 acomete una importante reforma de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (en adelante, LRJS), con el fin de actualizar su contenido para optimizar recursos y profundizar en los avances de estos últimos veintidós años, utilizando para ello herramientas como el procedimiento testigo o la extensión de efectos¹⁰.

Asimismo, y como tendremos ocasión de analizar *infra*, se introducen modificaciones en la suspensión y aplazamiento de la ejecución, y se reconoce la posible extensión a otras personas de los efectos de una sentencia firme que hubiera reconocido una situación jurídica individualizada a favor de una o varias personas, en determinadas circunstancias, mediante solicitud dirigida al órgano jurisdiccional en escrito razonado y resuelto por auto¹¹.

Es, precisamente, la disección y evaluación crítica de esta reforma, al objeto de asegurar su suficiencia, así como que cumplen con los objetivos previstos, lo que motiva la existencia de este ensayo.

2. BREVE RECAPITULACIÓN SOBRE LA EJECUCIÓN EN EL ORDEN SOCIAL

La ejecución de sentencias y demás títulos ejecutivos en el contexto del proceso laboral ha de llevarse a efecto según “la forma establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil (en lo sucesivo, LECiv) para la ejecución de sentencias y títulos constituidos con intervención judicial”, aunque con las “especialidades” previstas en la propia LRJS (art. 237). Hay que conjugar, así pues, regulación “común” (arts. 517 y ss. LECiv) con regulación “especial”; la primera generalmente hace funciones supletorias, pero también funciones de regulación directa por vía de remisión y, la segunda, aporta la adaptación requerida por los asuntos laborales y de seguridad social en este terreno.

La ejecución se lleva a cabo a través de un proceso regulado por la ley con objeto de proporcionar las debidas garantías a todos los participantes. En este proceso se mantiene la dualidad de partes, dado que existen dos posiciones básicas: ejecutante y ejecutado, pero, como se verá, los terceros pueden asumir algún papel en el proceso.

El proceso de ejecución se inicia siempre a instancias de parte interesada, excepto en los procesos de oficio (art. 239.1 LRJS). La solicitud deberá plantearse en un plazo determinado, coincidente con el previsto para la reclamación del derecho material en el proceso de cognición (normalmente, el plazo general de un año previsto en el artículo 59 para las acciones laborales) y que será siempre de prescripción (nunca de caducidad).

¹⁰ Salinas Molina, F., “Una visión general de los desafíos de la jurisdicción social: propuestas de reforma legislativa a partir de una experiencia práctica crítica”, en AA.VV., *Retos de la Jurisdicción Social en los nuevos escenarios del trabajo: balance y perspectivas de futuro*, Ediciones CEF, 2023, págs. 397-422.

¹¹ Molina Navarrete, C., “Retos de la jurisdicción social en la nueva sociedad del trabajo 5.0: claves para una necesaria nueva modernización”, en AA.VV., *Retos de la Jurisdicción Social en los nuevos escenarios del trabajo: balance y perspectivas de futuro* Ediciones CEF, 2023, págs. 15-42.

NUEVO ENVITE LEGISLATIVO SOBRE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN EL ORDEN SOCIAL

Una vez iniciada la ejecución el procedimiento se tramita “de oficio”, aún sin la participación del ejecutante (art. 239.3 LRJS) y la transacción está muy limitada (cfr. art. 246 LRJS). En cualquier caso, y como explicaremos *infra*, podrá suspenderse el procedimiento cuando lo establezca la ley o cuando lo soliciten el ejecutante o ambas partes (art. 244.1 LRJS); también podría aplazarse excepcionalmente cuando se produjeran perjuicios desproporcionados para los trabajadores al servicio del ejecutado (art. 244.3 LRJS).

Algunos de los preceptos que dedica la LECiv a la fase de ejecución, que afectan fundamentalmente a la celebración de las subastas, han sufrido modificaciones con la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en la Administración de Justicia y el Registro Civil y, posteriormente, por Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (con entrada en vigor, en ambos supuestos, el día 15 de octubre de 2015). Estas modificaciones no son aplicables a las subastas iniciadas con anterioridad a esta fecha, cuya publicación ya se hubiera acordado, las cuales continuarán sustanciándose conforme a las normas procesales vigentes en la fecha de la presentación de la demanda (DT 1ª Ley 19/2015).

En caso de que el deudor esté declarado en concurso habrá que estar a lo establecido en el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, Texto refundido de la Ley Concursal, y en el campo específico de ejecución de sentencias frente a entes públicos es de aplicación supletoria la Ley 29/1998 de la jurisdicción contencioso-administrativa (arts. 237.5 y 287.3 LRJS).

Para el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras se estará a lo dispuesto en el Título V (arts. 41 a 61) de la Ley 29/2015, de 30 julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, aplicable también al contrato de trabajo.

La ejecución de las sentencias y resoluciones judiciales forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 CE, según constante jurisprudencia constitucional mediante la que se precisa que *“el derecho a la tutela judicial efectiva comprende, entre otros, el derecho a que sean ejecutadas en sus propios términos las resoluciones judiciales firmes, pues sin ello la protección de los derechos e intereses legítimos de los que obtuvieron una resolución favorable no sería efectiva, sino que se quedaría en unas declaraciones de intenciones y de reconocimiento de derechos sin alcance práctico, correspondiendo a los Tribunales velar por ese cumplimiento, como expresamente se declara por el artículo 117.3 CE, de modo que desconoce el derecho fundamental el Juez o Tribunal que, por omisión, pasividad o defectuoso entendimiento, se aparta, sin causa justificada, de lo previsto en el fallo que debe ejecutarse, o se abstiene de adoptar las medidas necesarias para su ejecución, cuando le sea legalmente exigible”*¹².

Asimismo se ha dicho que “el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface [...] cuando los Jueces y Tribunales a quienes corresponde hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE), según las normas de competencia y procedimiento aplicables, adoptan las medidas oportunas para el estricto cumplimiento del fallo, sin alterar el contenido y el sentido del mismo; y esta exigencia constitucional ex

¹² Entre otras SSTC 67/1984, 39/1995, 87/1996 y 197/2000.

NUEVO ENVITE LEGISLATIVO SOBRE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN EL ORDEN SOCIAL

artículo 24.1 CE, hemos precisado, impone al órgano judicial adoptar las medidas que sean precisas para reaccionar frente a comportamientos impositivos, dilatorios o fraudulentos en orden al cumplimiento de lo judicialmente decidido¹³.

Importa señalar que el derecho a la tutela judicial efectiva impide la rectificación de las sentencias en fase de ejecución, aunque sean erróneas o contrarias a las normas legales, sin perjuicio de la interposición de los recursos que procedan¹⁴.

Las sentencias firmes y demás títulos, judiciales o extrajudiciales, a los que la LRJS otorga eficacia para iniciar directamente un proceso de ejecución, se llevarán a efecto en la forma establecida en la LECiv para la ejecución de sentencias y títulos constituidos con intervención judicial, con las especialidades previstas en la LRJS.

Las cuestiones generales en la ejecución de sentencias en el orden social las encontramos en los artículos 237 a 247 de la LRJS.

Las normas procesales laborales distinguen en principio entre ejecución definitiva (arts. 248 y ss.) y ejecución provisional (arts. 289 y ss.)¹⁵, y también distinguen entre la ejecución dineraria y la ejecución en ciertas materias singulares, como el despido, el conflicto colectivo o la condena a entes públicos, entre otras. El plazo para solicitar la ejecución, conforme al artículo 243 LRJS, será igual al fijado en las Leyes sustantivas para el ejercicio de la acción tendente al reconocimiento del derecho cuya ejecución se pretenda. Se tratará de un plazo de prescripción, y se deberán también tener en cuenta los plazos señalados para solicitar la readmisión del trabajador del artículo 279 LRJS.

Según su Disposición Trans. 3ª, la LRJS *"será de aplicación a la ejecución de las sentencias y demás títulos que lleven aparejada ejecución, incluidas las que se encuentren en trámite, siendo válidas las actuaciones, incluidas las medidas cautelares, realizadas al amparo de la legislación anterior"*.

Cuando el empresario no procediere a la readmisión del trabajador, podrá éste solicitar la ejecución del fallo ante el Juzgado de lo Social:

- Dentro de los veinte días siguientes a la fecha señalada para proceder a la readmisión, cuando ésta no se hubiere efectuado.
- Dentro de los veinte días siguientes a aquel en el que expire el de los diez días a que se refiere el artículo anterior, cuando no se hubiera señalado fecha para reanudar la prestación laboral.
- Dentro de los veinte días siguientes a la fecha en la que la readmisión tuvo lugar, cuando ésta se considerase irregular.

¹³ SSTC 125/1987, 167/1987 y 170/1999.

¹⁴ STS 8-3-2002, con cita de jurisprudencia constitucional y ordinaria; para la primera, entre otras muchas, STC 5/2003, de 20 de enero.

¹⁵ Casas Baamonde. M. E., "La ejecución provisional de sentencias en el proceso laboral, ¿procedimiento autónomo? y sobre el régimen peculiar de ejecución provisional de las sentencias de despido", AA.VV., *El proceso laboral: estudios en homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil*, 2001, págs. 119-166.

El plazo para reclamar el cumplimiento de las obligaciones de entregar sumas de dinero será de un año. No obstante, cuando se trate del pago de prestaciones periódicas de la Seguridad Social, el plazo para instar la ejecución será el mismo que el fijado en las leyes sustantivas para el ejercicio de la acción para el reconocimiento del derecho a la prestación de que se trate o será imprescriptible si dicho derecho tuviese este carácter en tales Leyes.

2.1. Supuestos de suspensión y aplazamiento de la ejecución

En el ámbito jurisdiccional social, la posibilidad de suspender la ejecución de la condena ya la contemplaba el artículo 243.1 de la anterior Ley de procedimiento laboral (LPL), en una redacción prácticamente idéntica a la actual del artículo 244.3 de la LRJS¹⁶, si bien como una facultad del juez/a de lo social con la finalidad de evitar perjuicios desproporcionados a las personas trabajadoras dependientes de la parte ejecutada por poner en peligro cierto las relaciones laborales subsistentes en la empresa deudora en relación con los que se derivarían para la parte ejecutante del no cumplimiento exacto¹⁷.

El plazo para instar la ejecución será igual al fijado en las leyes sustantivas para el ejercicio de la acción tendente al reconocimiento del derecho cuya ejecución se pretenda. La ejecución únicamente podrá ser suspendida en dos supuestos:

- a. Cuando así lo establezca la ley.
- b. A petición del ejecutante o de ambas partes por un máximo de tres meses, salvo que la ejecución derive de un procedimiento de oficio.

Suspendido o paralizado el proceso a petición del ejecutante o por causa a él imputable y transcurrido un mes sin que haya instado su continuación o llegado el plazo a que se refiere la letra b) del apartado anterior, el secretario judicial requerirá a aquél a fin de que manifieste, en el término de cinco días, si la ejecución ha de seguir adelante y solicite lo que a su derecho convenga, con la advertencia de que transcurrido este último plazo se archivarán las actuaciones¹⁸.

2.2. Reglas para la suspensión de la ejecución

Las reglas para decretar la suspensión de la ejecución, vienen determinadas ex artículo 245 de LRJS, si bien, según lo previsto en la LECiv para la ejecución de sentencias y títulos constituidos con intervención judicial.

¹⁶ González Barriales, J., "Artículo 244. Supuestos de suspensión y aplazamiento de la ejecución", en AA.VV., *Comentarios a la ley reguladora de la jurisdicción social* / coord. por Guillermo Leandro Barrios Baudor, 2020, págs. 1443-1446.

¹⁷ Lafuente Suárez, J. L., "¿Does the postponement and payment by fractions apply in the execution of money judgements? The powers of Justice Administration attorneys". *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 456, 2021, pág. 38; *vid.*, asimismo, SSTSJ de Cataluña de 20 de mayo de 1999 (rec. 2184/1999) y de Cantabria de 18 de diciembre de 2002 (rec. 1261/2002).

¹⁸ González Barriales, J., "Artículo 244. Supuestos de suspensión y aplazamiento de la ejecución", *op. cit.*, págs. 1443-1446.

NUEVO ENVITE LEGISLATIVO SOBRE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN EL ORDEN SOCIAL

Las resoluciones dictadas en ejecución se llevarán a efecto (salvo en los casos expresamente establecidos en la ley). No es necesario efectuar consignaciones para recurrirlas en suplicación o casación (excepto para recurrir el auto resolutorio del incidente de no readmisión).

Ante la presentación de una solicitud de aplazamiento o fraccionamiento de la deuda a cargo de la parte ejecutada, la entrega de cantidades podrá demorarse, en todo o en parte, motivadamente hasta la firmeza de la resolución impugnada. El texto legal habla específicamente de “suspensión por el tiempo imprescindible”, y, pese a ello, la petición que con más frecuencia se suele dar con relación al pago o cumplimiento de obligaciones dinerarias es la de aplazamiento o fraccionamiento del pago, de forma que, *“los términos empleados excluirían la concesión de plazos varios, así como el fraccionamiento de lo debido, que es precisamente lo solicitado y reconocido en el caso actual”*, pues, continúa la sentencia, *“el legislador está pensando más bien en una liquidación cuando se produzcan cantidades debidas por los clientes, se realicen determinadas operaciones o se obtengan facilidades por entidades bancarias, es decir, aplazamiento y no pago en plazos”*¹⁹.

No obstante, la misma fundamentación jurídica de la resolución, a continuación, viene a admitir, con las condiciones citadas, esto es, la evitación del perjuicio mayor que supondría la puesta en peligro de los puestos de trabajo restantes de la empresa deudora, la posibilidad de fraccionamiento, al decir: *“Siquiera cuando se interprete de forma laxa y se reconozca amparado en referidos términos el pago en plazos, no puede obviarse que el arbitrio judicial tiene como límite la lógica solicitud de la parte interesada, la audiencia a los demás intervinientes y que se justifique de manera suficiente y motive su concesión, dado el riesgo que comportaría, en otro caso, para el mantenimiento del empleo que subsista en la empresa”*.

El órgano ejecutor podrá durante un mes (prorrogable por un segundo de manera excepcional), suspender cautelarmente, con o sin exigencia de fianza:

- a. La realización de los actos ejecutivos que pudieran producir un perjuicio de imposible o difícil reparación.
- b. En caso de recurso interpuesto contra las resoluciones del órgano ejecutor y por el tiempo de tramitación del recurso.

La suspensión o su denegación podrá ser modificada en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron conocerse al tiempo de haberse resuelto sobre la suspensión.

2.3. Transacción en la ejecución

Antes de la iniciación del proceso de ejecución, e incluso iniciado este, las partes lleguen a un acuerdo para proceder al abono de la cantidad objeto de condena. No obstante, se señala la prohibición de renunciar a los derechos reconocidos por sentencias favorables al trabajador, sin perjuicio de la posibilidad

¹⁹ Tal y como expresa la STSJ de Castilla y León/Valladolid de 23 de mayo de 2018 (rec. 748/2018) tal y como expresa la STSJ de Castilla y León/Valladolid de 23 de mayo de 2018 (rec. 748/2018).

de transacción. Hablamos de una transacción en la que, sin renuncia de los derechos reconocidos en la resolución judicial (renuncia que sería nula de pleno derecho de acuerdo con lo regulado en el art. 246 LRJS), las partes pueden llegar a un acuerdo, “dentro de los límites legalmente establecidos”²⁰.

Esta transacción deberá formalizarse mediante convenio, suscrito por todas las partes afectadas en la ejecución y sometido a homologación judicial para su validez, debiendo ser notificado, en su caso, al Fondo de Garantía Salarial, como determina el artículo 246.2 de la LRJS.

El convenio podrá consistir en el aplazamiento o en la reducción de la deuda, o en ambas cosas a la vez, podrá consistir, igualmente, en la especificación, en la novación objetiva o subjetiva o en la sustitución por otra equivalente de la obligación contenida en el título, en la determinación del modo de cumplimiento, en especial del pago efectivo de las deudas dinerarias, en la constitución de las garantías adicionales que procedan y, en general, en cuantos pactos lícitos puedan establecer las partes.

El órgano jurisdiccional homologará el convenio mediante auto, velando por el necesario equilibrio de las prestaciones y la igualdad entre las partes. La ejecución continuará hasta que no se constate el total cumplimiento del convenio, siendo título ejecutivo la resolución de homologación del acuerdo en sustitución del título ejecutivo inicial.

La impugnación del auto por el que se apruebe la transacción en la ejecución, se efectuará ante el órgano jurisdiccional que hubiera homologado la misma y se regirá por lo dispuesto para la impugnación de la conciliación judicial.

3. CONCRETAS MODIFICACIONES CON EL NUEVO REAL DECRETO-LEY 6/2023, DE 19 DE DICIEMBRE, POR EL QUE SE APRUEBAN MEDIDAS URGENTES PARA LA EJECUCIÓN DEL PLAN DE RECUPERACIÓN, TRANSFORMACIÓN Y RESILIENCIA EN MATERIA DE SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA, FUNCIÓN PÚBLICA, RÉGIMEN LOCAL Y MECENAZGO

En cómputo global, el RD-ley 6/2023 recoge las medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia mediante la modificación de diferentes leyes procesales, para armonizar la regulación

²⁰ Forma de terminación anormal de un proceso por el que las partes acuerdan dar, prometer o retener cada una alguna cosa finalizando el proceso que habían comenzado. Este acuerdo se realizará siempre que no esté prohibido por ley y será homologado por el tribunal que conozca del proceso. (apdo. 2, art. 19 de LECiv).

NUEVO ENVITE LEGISLATIVO SOBRE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN EL ORDEN SOCIAL

procesal civil, penal, contencioso-administrativa y social con el contexto de tramitación electrónica. En concreto, en el orden social, se acomete una reforma sustancial de la LRJS.

Las modificaciones más relevantes se refieren a los ámbitos de la competencia, representación y defensa procesales, de la acumulación de acciones, procesos y recursos, de la forma de presentación de escritos y documentos, de los detalles respecto a los actos de comunicación, de la conciliación o mediación previos, de la demanda y de la sentencia, de la remisión de informes en los procedimientos vinculados a las prestaciones de la Seguridad Social, de los medios de impugnación, así como de la suspensión y aplazamiento de la ejecución de sentencia. En concreto, cabe destacar los siguientes aspectos:

- Se modifica el ámbito de la competencia del orden jurisdiccional social en cuanto a la impugnación de resoluciones administrativas y en materia de prestaciones de Seguridad Social para incluir los litigios relativos a expedientes de regulación temporal de empleo y al Mecanismo RED²¹.
- Se lleva a cabo una reforma extensa y sustancial del régimen de acumulación de acciones, procesos y recursos.
- Se introducen diversos cambios en los procedimientos excluidos del acto de conciliación previa. En este sentido, se añaden a la lista los procesos monitorios y los de reclamación sobre acceso, reversión y modificación del trabajo a distancia.
- Se establece la posibilidad de imponer una sanción pecuniaria cuando la sentencia condenatoria coincidiera esencialmente con la pretensión contenida en la papeleta de conciliación o solicitud de mediación.
- Se desarrolla el procedimiento testigo que permite al órgano jurisdiccional tramitar preceptivamente, y con carácter preferente, uno o varios procesos con idéntico objeto y misma parte demandada, siempre que, conforme a la ley, no fueran susceptibles de acumulación o no se hubiera podido acumular. Una vez que la sentencia sea firme, se dejará constancia de ella en los procesos suspendidos y se notificará a las partes a fin de que los demandantes puedan interesar la extensión de sus efectos conforme al nuevo artículo 247 bis, la continuación del procedimiento o desistir de la demanda.
- Se otorga carácter urgente y preferente a aquellos procedimientos por despido en los que la empresa no ha tramitado en la Tesorería General de la Seguridad Social la baja de la persona trabajadora y en aquellos de extinción de la relación laboral por falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado.
- Y se desarrolla el proceso de extensión de efectos de una sentencia firme que hubiera reconocido una situación jurídica individualizada a favor de una o varias personas, que podrá extenderse a otras, a través de incidente de ejecución colectiva, cuando se cumplan estos tres requisitos:
 - que los interesados se encuentren en idéntica situación jurídica que los favorecidos por el fallo,

21 Cfr. Fernández Ramírez, M., "Anatomía Jurídica del Mecanismo RED de flexibilidad y estabilización del empleo", *Iuslabor*, núm. 2, 2022, págs. 55-93.

- que el juez, jueza o tribunal sentenciador también tuviera competencia territorial para conocer de las pretensiones de reconocimiento de dicha situación individualizada, y
- que los interesados soliciten la extensión de los efectos de la sentencia en el plazo de un año desde la última notificación de esta a quienes fueron parte en el proceso.

3.1. Supuestos de suspensión y aplazamiento de la ejecución

Se modifica el artículo 244 LRJS. Así, el RD-ley 6/2023 introduce la posibilidad de que las partes puedan solicitar de mutuo acuerdo la suspensión de la ejecución, por un tiempo que no podrá exceder de quince días, para someter las discrepancias que se susciten en el ámbito de la ejecución a los procedimientos de mediación que pudieran estar constituidos de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 63. De alcanzarse un acuerdo deberá someterse a homologación judicial en la forma y con los efectos establecidos para la transacción en el artículo 246. En caso contrario, se levantará la suspensión y se continuará con la tramitación (artículo 244.2 LRJS).

Artículo 244. Supuestos de suspensión y aplazamiento de la ejecución

1. La ejecución únicamente podrá ser suspendida en los siguientes casos:
 - a. Cuando así lo establezca la ley.
 - b. A petición del ejecutante o de ambas partes por un máximo de tres meses, salvo que la ejecución derive de un procedimiento de oficio.
2. Las partes podrán solicitar de mutuo acuerdo la suspensión de la ejecución, por un tiempo que no podrá exceder de quince días, para someter las discrepancias que se susciten en el ámbito de la ejecución a los procedimientos de mediación que pudieran estar constituidos de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 63. De alcanzarse un acuerdo deberá someterse a homologación judicial en la forma y con los efectos establecidos para la transacción en el artículo 246. En caso contrario, se levantará la suspensión y se continuará con la tramitación.
3. Suspendido o paralizado el proceso a petición del ejecutante o por causa a él imputable y transcurrido un mes sin que haya instado su continuación o llegado el plazo a que se refiere la letra b) del apartado 1, el letrado o letrada de la Administración de Justicia requerirá a aquél a fin de que manifieste, en el término de cinco días, si la ejecución ha de seguir adelante y solicite lo que a su derecho convenga, con la advertencia de que transcurrido este último plazo se archivarán las actuaciones.
4. Si el cumplimiento inmediato de la obligación que se ejecuta pudiera ocasionar a trabajadores dependientes del ejecutado perjuicios desproporcionados en relación a los que al ejecutante se derivarían del no cumplimiento exacto, por poner en peligro cierto la continuidad de las relaciones laborales subsistentes en la empresa deudora, el letrado o letrada de la Administración de Justicia, mediante decreto recurrible directamente en revisión, podrá, previa audiencia de los interesados y en las condiciones que establezca, conceder un aplazamiento por el tiempo imprescindible.

5. El incumplimiento de las condiciones que se establezcan comportará, sin necesidad de declaración expresa ni de previo requerimiento, la pérdida del beneficio concedido”.

3.2. Nueva posibilidad para la suspensión o aplazamiento de la ejecución

- Las partes podrán solicitar de mutuo acuerdo la suspensión de la ejecución, por un tiempo que no podrá exceder de quince días, para someter las discrepancias que se susciten en el ámbito de la ejecución a los procedimientos de mediación.
- De alcanzarse un acuerdo deberá someterse a homologación judicial en la forma y con los efectos establecidos para la transacción en el artículo 246. En caso contrario, se levantará la suspensión y se continuará con la tramitación.

3.3. Ejecuciones colectivas

En el RD-Ley se introducen dos nuevos artículos (247 bis y 247 ter), dentro de la sección segunda, del Capítulo I del Título I del Libro IV “De la ejecución de sentencias”, siguiendo la senda de la regulación ya existente en el proceso contencioso-administrativo. En realidad, regulan dos supuestos parecidos, pero no idénticos. El artículo 247 de la LRJS se ocupa de regular la ejecución en conflictos colectivos, es decir, de la ejecución²² de sentencias recaídas en procesos de conflictos colectivos estimatorios de pretensión de condena y susceptibles de ejecución individual. Las sentencias dictadas en conflictos colectivos suelen ser puramente declarativas, pero en ocasiones incluyen una condena (que puede ser de hacer, de no hacer o de dar).

La acción impugnatoria de los despidos colectivos se regula en la LRJS que se vio modificada por el artículo 23.5 de la Ley 3/2012 de 10 de febrero²³ al introducir un procedimiento colectivo de impugnación y por el Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, de Protección a los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social que, en su artículo 11.1, introduce nuevas variaciones respecto a lo ya modificado por la reforma de 2012²⁴.

Por tanto, no es la primera vez que se incorporan modificaciones a esta regulación. De hecho, entre los profundos cambios operados en nuestro sistema de relaciones laborales por el Real Decreto Ley 3/2012, debe citarse el que afecta, precisamente a la “ejecución de sentencias” (artículo 25 RD 3/2012)

22 Chamorro González, J. M., “De nuevo sobre la extensión de efectos de sentencias en el proceso contencioso-administrativo en materia de personal”, *Actualidad administrativa*, Núm. 11, 2022.

23 Vid. art. LPL ¿“El órgano judicial declarará nula, de oficio o a instancia de parte, la decisión empresarial de extinción colectiva de contratos de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, fuerza mayor o extinción de la personalidad jurídica del empresario, si no se hubiese tramitado la previa autorización administrativa u obtenido la autorización judicial del juez del concurso, en los supuestos en que esté legalmente prevista, así como cuando la medida empresarial se haya efectuado en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas. En tales casos la condena a imponer será la que establece el artículo 113”.

24 Mercader Uguina, J. R., “La ejecución de sentencias colectivas: el éxtasis y el tormento”, en AA.VV., *Retos de la Jurisdicción Social en los nuevos escenarios del trabajo: balance y perspectivas de futuro*, Ediciones CEF, 2023, págs. 301-326.

NUEVO ENVITE LEGISLATIVO SOBRE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN EL ORDEN SOCIAL

por el que se modificó el artículo 247.2 de la LRJS²⁵. De este modo, “La ejecución de sentencias firmes será aplicable a los restantes títulos ejecutivos, judiciales o extrajudiciales, de naturaleza social, estimatorios de pretensión de condena y susceptibles de ejecución individual, así como a las sentencias firmes u otros títulos ejecutivos sobre movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, suspensión del contrato o reducción de la jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, de carácter colectivo”.

Debe traerse a la memoria que la regulación de los medios impugnatorios del despido colectivo con anterioridad a la reforma se podría calificar, cuando menos, de escasa²⁶. Carente de regulación procedimental colectiva, la modificación del precepto expuesto se imponía por necesidad pues, con las modificaciones experimentadas en el régimen jurídico del despido colectivo (principalmente la supresión de autorización administrativa previa), quedaba absolutamente vacío de contenido²⁷.

La ejecución colectiva ejecutará pronunciamientos colectivos de condena, referidos a un colectivo genérico de trabajadores susceptibles de individualización posterior, lo que obligará a la previa individualización de los trabajadores afectados, a quienes se exige de promover nuevo litigio para acreditar su inclusión en el pronunciamiento colectivo [LRJS, art. 157.1.a)]²⁸, como no podría ser de otro modo, puesto que la sentencia colectiva despliega efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales en los términos del apartado 3 del artículo 160 LRJS y artículo 138.4²⁹.

El procedimiento de ejecución colectiva, regulado en la LRJS, artículo 247, se refiere únicamente a títulos firmes, cuya ejecución plantea, por sí sola, serios problemas en general y particularmente en los títulos que declaren la nulidad del despido. En caso de que los sujetos obligados por el título ejecutivo no cumplan espontáneamente con esta condena, deberá acudir al proceso de ejecución previsto en el artículo 247 LRJS³⁰. Las sentencias, dictadas en procedimientos colectivos de condena, son directamente ejecutivas, por lo que cabe su ejecución provisional³¹.

25 Cfr. Bodas Martín, R., “17. Modificaciones de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social producidas por el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero”, en AA.VV., *Reforma Laboral 2012: Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral* / Ignacio García-Perrote Escartín (dir.), Jesús R. Mercader Uguina (dir.), 2012, págs. 419-486.

26 Monereo Pérez, J. L., “El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la reforma de 2012”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 115/2012, págs. 316-320; Martín Valverde, A., “El control judicial de los despidos colectivos: puntos críticos”, en *Actualidad Laboral*, núm. 9, 2013, págs. 1083-1085.

27 Vid. Aramendi Sánchez, P., *La compleja articulación procesal de los Despidos Colectivos e individuales*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2013.

28 Guadalupe Hernández, H., “La tutela judicial frente al despido colectivo: algunos problemas aplicativos más de 10 años después”, en VV.AA. *Retos de la Jurisdicción Social en los nuevos escenarios del trabajo: balance y perspectivas de futuro*, Ediciones CEF, 2023, págs. 133-146.

29 STSJ Asturias 4-12-2015, (rec. 1952/15).

30 Molins García-Atance, J., “La ejecución colectiva como instrumento de tutela judicial efectiva en el orden jurisdiccional social”, *Diario La Ley*, Núm. 8674, 2016.

31 Auto AN 3-09-2014, ejec. 11/2014. Cfr., asimismo, Casas Baamonde, M. E., “La ejecución provisional de sentencias en el proceso laboral, ¿procedimiento autónomo? y sobre el régimen peculiar de ejecución provisional de las sentencias de despido”, AA.VV., *El proceso laboral: estudios en homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil*, 2001, págs. 119-166.

NUEVO ENVITE LEGISLATIVO SOBRE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN EL ORDEN SOCIAL

Estarán legitimados los sujetos colectivos afectados por la ejecución, aunque no hayan sido parte en el proceso cognitivo. En caso de que la condena de carácter colectivo admita una ejecución individualizada (por ejemplo, al pago de cantidades concretas a los trabajadores afectados), la ley permite que los sujetos colectivos legitimados puedan solicitar la ejecución en nombre de los trabajadores afectados, siempre que cuenten con su autorización [art. 247.1 b) LRJS].

Los artículos 278-286 LRJS, regulan la ejecución de las sentencias firmes de despido. Cuando el empresario haya optado por la readmisión deberá comunicar por escrito al trabajador, dentro de los diez días siguientes a aquel en que se le notifique la sentencia, la fecha de su reincorporación al trabajo, para efectuarla en un plazo no inferior a los tres días siguientes al de la recepción del escrito. En este caso, serán de cuenta del empresario los salarios devengados desde la fecha de notificación de la sentencia que por primera vez declare la improcedencia hasta aquella en la que tenga lugar la readmisión, salvo que, por causa imputable al trabajador, no se hubiera podido realizar en el plazo señalado.

Si el empresario no procediere a la readmisión del trabajador, éste podrá solicitar la ejecución del fallo ante el Juzgado de lo Social, en los siguientes plazos:

- Dentro de los veinte días siguientes a la fecha señalada para proceder a la readmisión, cuando ésta no se hubiere efectuado.
- Dentro de los veinte días siguientes a aquel en el que expire el de los diez días a que se refiere el artículo anterior, cuando no se hubiera señalado fecha para reanudar la prestación laboral.
- Dentro de los veinte días siguientes a la fecha en la que la readmisión tuvo lugar, cuando ésta se considerase irregular.

El artículo 282 LRJS, expresa que la sentencia será ejecutada en sus propios términos cuando:

- El trabajador despedido fuera delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical y, declarada la improcedencia del despido, optare por la readmisión.
- Declare la nulidad del despido.
- Las consecuencias por parte del empresario por el incumplimiento a la orden de reposición, vienen señaladas en el artículo 284 LRJS.

El artículo siguiente, se ocupa de un supuesto específico, concretamente, cuando el trabajador ocupe vivienda por razón de contrato de trabajo. Se expresa lo siguiente:

“Cuando recaiga resolución firme en que se declare la extinción del contrato de trabajo, si el trabajador ocupare vivienda por razón del mismo deberá abandonarla en el plazo de un mes. El secretario judicial, si existe motivo fundado, podrá prorrogar dicho plazo por dos meses más.”

Pues bien, en esta materia, y con el nuevo RDL se incorporan dos nuevos artículos a la LRJS: el 247 bis y el 247 ter.

3.3.1. El artículo 247 bis de la LRJS

Este artículo permite extender los efectos de una sentencia firme que hubiera reconocido una situación jurídica individualizada a favor de una o varias personas, a otras, en ejecución de la sentencia, cuando concurren las siguientes circunstancias:

- Que los interesados se encuentren en idéntica situación jurídica que los favorecidos por el fallo.
- Que el juez, la jueza o el tribunal sentenciador fuera también competente, por razón del territorio, para conocer de sus pretensiones de reconocimiento de dicha situación individualizada.
- Que los interesados soliciten la extensión de los efectos de la sentencia en el plazo de un año desde la última notificación de ésta a quienes fueron parte en el proceso.

Se establece el traslado a las partes para la posible presentación de alegaciones y cuando esta opción no va a tener cabida (cosa juzgada, doctrina contraria a la establecida por el Tribunal Supremo o Tribunal Superior de Justicia o que el interesado ya tuviera resolución), así como las causas de suspensión³².

En concreto, el texto del nuevo artículo recoge lo siguiente:

Artículo 247 bis. Extensión de efectos

1. Los efectos de una sentencia firme que hubiera reconocido una situación jurídica individualizada a favor de una o varias personas podrán extenderse a otras, en ejecución de la sentencia, cuando concurren las siguientes circunstancias:
 - a. Que los interesados se encuentren en idéntica situación jurídica que los favorecidos por el fallo.
 - b. Que el juez, la jueza o el tribunal sentenciador fuera también competente, por razón del territorio, para conocer de sus pretensiones de reconocimiento de dicha situación individualizada.
 - c. Que los interesados soliciten la extensión de los efectos de la sentencia en el plazo de un año desde la última notificación de ésta a quienes fueron parte en el proceso.
2. La solicitud deberá dirigirse al órgano jurisdiccional competente que hubiera dictado la resolución cuyos efectos se pretende que se extiendan.
3. La petición al órgano jurisdiccional se formulará en escrito razonado al que deberá acompañarse el documento o documentos que acrediten la identidad de situaciones o la no concurrencia de alguna de las circunstancias del apartado 5.

³² Cfr. Inda Errea, M., "Modificaciones de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LJS) por Real Decreto-ley 6/2023, de 19 diciembre", *Aranzadi digital* num.1/2023, (Versión online: BIB 2023\3145).

NUEVO ENVITE LEGISLATIVO SOBRE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN EL ORDEN SOCIAL

4. Antes de resolver, se dará traslado a la parte condenada en la sentencia y a los posibles responsables subsidiarios para que en el plazo máximo de quince días puedan efectuar alegaciones y aportar los antecedentes que estimen oportunos y, de tratarse de una entidad del sector público, para que aporte, en su caso, a través de su representante procesal, un informe detallado sobre la viabilidad de la extensión solicitada.

De no aceptarse, en todo o en parte, la extensión solicitada, se pondrá de manifiesto el resultado de esas actuaciones a las partes para que aleguen por plazo común de cinco días, con emplazamiento en su caso de los interesados directamente afectados por los efectos de la extensión, salvo que el órgano jurisdiccional, en atención a las cuestiones planteadas o por afectar a hechos necesitados de prueba, acuerde seguir el trámite incidental del artículo 238.

El juez, jueza o tribunal dictará auto en el que resolverá si estima la extensión de efectos solicitada, sin que pueda reconocerse una situación jurídica distinta a la definida en la sentencia firme de que se trate. Con testimonio de este auto, los sujetos reconocidos podrán instar la ejecución.

5. El incidente se desestimarán, en todo caso, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a. Si existiera cosa juzgada.
- b. Cuando la doctrina determinante del fallo cuya extensión se postule fuere contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo o, en su defecto, a la doctrina reiterada de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia territorialmente competente.
- c. Si para el interesado se hubiere dictado resolución que, habiendo causado estado en vía administrativa, fuere consentida y firme por no haberla impugnado jurisdiccionalmente.

6. Si la sentencia firme cuya extensión se pretende se encuentra pendiente de un recurso de revisión o de un incidente de nulidad, quedará en suspenso la decisión del incidente de extensión de efectos hasta la resolución de aquellos.

Igualmente, quedará en suspenso hasta su resolución cuando se encuentre pendiente un recurso de casación para unificación de doctrina cuya resolución pueda resultar contraria a la doctrina determinante de la sentencia firme cuya extensión se pretende.

7. El régimen de recurso del auto dictado se ajustará a las reglas generales previstas para los autos dictados en ejecución de sentencia contenidas en los artículos 191.4.d) y 206.4. En todo caso procederá recurso de suplicación, atendiendo a la pretensión instada en el incidente de extensión de efectos, cuando la misma sea susceptible de recurso conforme a lo previsto en el artículo 191.1, 2 y 3°.

Se trata de una facultad potestativa (el art. 247.bis.1 enfatiza “podrán...”), que pretende disminuir la litigiosidad, si bien prevé exigentes requisitos —especialmente la necesidad de que se trate de “idéntica situación jurídica” [apartado a) del art. 247 bis.1], así como que no se hubiese dictado resolución que, habiendo causado estado en vía administrativa, fuere consentida y firme por no haberla

impugnado jurisdiccionalmente el interesado [apartado c) del art. 247.bis.5], que limitaran drásticamente los supuestos en que pueda acudir a este mecanismo.

El trámite exige petición de parte legítima, que se concreta en los interesados que se encuentren en idéntica situación jurídica que los favorecidos por el fallo [art. 247 bis.1.a) y c)]; y, el plazo para solicitarlo es de un año desde la última notificación de la sentencia a quienes fueron parte en el proceso [art. 247 bis.1.c)]; no estando prevista la incoación de oficio.

3.3.2. El artículo 247 ter de la LRJS

Mediante este artículo se establece el procedimiento para extender los efectos en el supuesto de un procedimiento testigo, con las posibles alegaciones de parte y su acuerdo, salvo la concurrencia de lo previsto en el artículo 247.5 bis, que ya hemos citado. Se refiere a la situación en que uno o varios procedimientos judiciales iniciados quedan suspendidos, por una decisión judicial, hasta la firmeza de la sentencia dictada en el procedimiento testigo; de modo que, una vez firme, se concede a las partes la posibilidad de reanudar el pleito, de desistir del mismo, o de acudir a una vía rápida de extensión de efectos. Institución también existente en la jurisdicción contencioso-administrativo. Una vez declarada la firmeza de la sentencia dictada en el procedimiento que se hubiera tramitado con carácter preferente, establece la obligación del letrado o letrada de la Administración de Justicia de requerir a los demandantes afectados por la suspensión para que, en el plazo de cinco días:

- Interesen la extensión de los efectos de la sentencia.
- Soliciten la continuación del pleito suspendido.
- O manifiesten si desisten del proceso.

Debe señalarse que, la reforma, añade el artículo 86 bis a la LRJS por el que se recoge el Procedimiento testigo en los siguientes términos:

Artículo 86 bis. Procedimiento Testigo

1. Cuando ante un juez, una jueza o un tribunal estuviera pendiente una pluralidad de procesos con idéntico objeto y misma parte demandada, el órgano jurisdiccional, siempre que conforme a la presente ley no fueran susceptibles de acumulación o no se hubiera podido acumular, deberá tramitar preceptivamente uno o varios con carácter preferente, atendiendo al orden de presentación de las respectivas demandas, previa audiencia de las partes por plazo común de cinco días y suspendiendo el curso de los demás hasta que se dicte sentencia en los primeros.
2. Una vez firme la sentencia, se dejará constancia de ella en los procesos suspendidos y se notificará a las partes de los mismos a fin de que, en el plazo de cinco días, puedan interesar los demandantes la extensión de sus efectos en los términos previstos en el artículo 247 ter, la continuación del procedimiento o bien desistir de la demanda.

NUEVO ENVITE LEGISLATIVO SOBRE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN EL ORDEN SOCIAL

De este modo, tanto en el orden laboral (y civil) el “procedimiento testigo” se incorpora pues, con el objeto de agilizar los procedimientos en los que se hayan presentado demandas idénticas con anterioridad³³.

- Se trata de un nuevo procedimiento para los casos en los que un juez, jueza o tribunal diriman una pluralidad de procesos con idéntico objeto y misma parte demandada.
- El órgano jurisdiccional deberá tramitar uno o varios de los procesos con carácter preferente, previa audiencia de las partes.
- Tras la firmeza de la sentencia, las partes de los procesos suspendidos deberán interesar la extensión de sus efectos, la continuación del procedimiento o bien desistir de la demanda en el plazo de cinco días.

Esta regulación, se complementa con el nuevo artículo 247 ter de la LRJS. En concreto, se dispone lo siguiente:

Artículo 247 ter. Extensión de efectos en caso de procedimiento testigo.

Cuando se hubiera acordado suspender la tramitación de uno o más procesos, con arreglo a lo previsto en el artículo 86 bis, una vez declarada la firmeza de la sentencia dictada en el procedimiento que se hubiera tramitado con carácter preferente, el letrado o letrada de la Administración de Justicia requerirá a los demandantes afectados por la suspensión para que, en el plazo de cinco días, interesen la extensión de los efectos de la sentencia o la continuación del pleito suspendido, o bien manifiesten si desisten del proceso.

Si se solicitase la extensión de efectos de aquella sentencia, el juez, la jueza o el tribunal la acordará, salvo que concurran las circunstancias previstas en el artículo 247 bis 5, o alguna causa de inadmisibilidad propia del proceso suspendido que impida el reconocimiento de la situación jurídica individualizada.

Igualmente quedará en suspenso hasta su resolución cuando se encuentre pendiente un recurso de casación para la unificación de doctrina cuya resolución pueda resultar contraria a la doctrina determinante de la sentencia firme cuya extensión se pretenda”.

4. REFLEXIONES CRÍTICAS

Considerando que en este momento final del análisis es inadecuado hacer una sinopsis descriptiva de lo expuesto en las páginas precedentes, queremos terminar este ensayo con unas reflexiones:

33 Cfr. Martín Hernández-Carrillo, M., “Notas sobre el pleito testigo en la jurisdicción social (Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre)”, en AA.VV., *La reforma del proceso en el Orden Social derivada del RDL 6/2023, de 19 de diciembre. Comentario de urgencia*, Francisco Vila Tierno (Dir.), Gloria María Montes Adalid, Raquel Castro Medina (Coords), ed. Laborum, 2024, págs. 111-127.

Insistir en la valoración positiva que, en cómputo global, debe merecer este nuevo paquete de reformas de garantismo social.

Si bien, debe precisarse que siendo el RD-ley, una norma que toma por referencia un hipotético juzgado de lo social desbordado por el volumen de trabajo y, a tal efecto adopta medidas que considera pueden contribuir a la ansiada disminución de dicho volumen de trabajo, sin embargo, la mayoría de las medidas no pasan de ser soluciones muy coyunturales, de incierto resultado o que, consideramos que no contribuirán a esa deseada finalidad. Sería interesante a estos efectos, introducir determinadas modificaciones en el proceso laboral que, habiendo sido ensayadas en otros ámbitos (p. ej., en el actual proceso verbal civil), hayan contribuido a disminuir la litigiosidad, sin menoscabo de la tutela judicial efectiva.

5. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Aramendi Sánchez, P., *La compleja articulación procesal de los Despidos Colectivos e individuales*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2013.
- Bodas Martín, R., "17. Modificaciones de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social producidas por el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero", en AA.VV. (García-Perrote Escartín, I. y Mercader Uguina, J.R., Dirs.), *Reforma Laboral 2012: Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, 2012.
- Cabero Morán, E. y Nevado Fernández, M. J., "Ejecución de sentencias laborales y tutela judicial efectiva", Universidad de Salamanca, *Revista de Derecho Privado y Constitución*, núm. 4, 1994.
- Casas Baamonde. M. E., "La ejecución provisional de sentencias en el proceso laboral, ¿procedimiento autónomo? y sobre el régimen peculiar de ejecución provisional de las sentencias de despido", en AA.VV., *El proceso laboral: estudios en homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil*, 2001.
- Chamorro González. J.M., "De nuevo sobre la extensión de efectos de sentencias en el proceso contencioso-administrativo en materia de personal", *Actualidad administrativa*, núm. 11, 2022.
- Fernández Ramírez, M., "Anatomía Jurídica del Mecanismo RED de flexibilidad y estabilización del empleo", *Iuslabor*, núm. 2, 2022.
- Gil Plana, J., "La razón de ser del procedimiento laboral (II)", *Revista Española de Derecho del Trabajo* num.172/2015, *Aranzadi digital* (Versión online: BIB 015\110).
- Gil Plana, J., "La eficiencia procesal como causa reformista del proceso laboral", en AA.VV. (Vila Tierno, F., Dir.; Montes Adalid, G.M. y Castro Medina, R., Coords.), *La reforma del proceso en el Orden Social derivada del RDL 6/2023, de 19 de diciembre. Comentario de urgencia*, Laborum, Murcia, 2024.
- González Barriales, J., "Artículo 244. Supuestos de suspensión y aplazamiento de la ejecución", en AA.VV. (Barrios Baudor, G.L., Coord.), *Comentarios a la ley reguladora de la jurisdicción social*, 2020.
- Guadalupe Hernández, H., Segoviano Astaburuaga, M.L., Molina Navarrete, C. y Tarajano Mesa, D., "Prólogo", en VV.AA., *Retos de la Jurisdicción Social en los nuevos escenarios del trabajo: balance y perspectivas de futuro*, Ediciones CEF, 2023.

NUEVO ENVITE LEGISLATIVO SOBRE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN EL ORDEN SOCIAL

- Guadalupe Hernández, H., "La tutela judicial frente al despido colectivo: algunos problemas aplicativos más de 10 años después", en VV.AA., *Retos de la Jurisdicción Social en los nuevos escenarios del trabajo: balance y perspectivas de futuro*, Ediciones CEF, 2023.
- Inda Errea, M., "Modificaciones de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LJS) por Real Decreto-ley 6/2023, de 19 diciembre", *Aranzadi digital*, num.1, 2023, (Versión online: BIB 2023\3145).
- Lafuente Suárez, J. L., "¿Does the postponement and payment by fractions apply in the execution of money judgements? The powers of Justice Administration attorneys", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 456, 2021.
- Martín Hernández-Carrillo, M., "Notas sobre el pleito testigo en la jurisdicción social (Real Decreto-ley 6/3023, de 19 de diciembre)", en AA.VV. (Vila Tierno, F., Dir.; Montes Adalid, G.M. y Castro Medina, R., Coords.), *La reforma del proceso en el Orden Social derivada del RDL 6/2023, de 19 de diciembre. Comentario de urgencia*, Laborum, Murcia, 2024.
- Martín Valverde, A., "El control judicial de los despidos colectivos: puntos críticos", en *Actualidad Laboral*, núm. 9.
- Mercader Uguina, J. R., "La ejecución de sentencias colectivas: el éxtasis y el tormento", en AA.VV., *Retos de la Jurisdicción Social en los nuevos escenarios del trabajo: balance y perspectivas de futuro*, Ediciones CEF, 2023.
- Molina Navarrete, C., "Retos de la jurisdicción social en la nueva sociedad del trabajo 5.0: claves para una necesaria nueva modernización", en AA.VV., *Retos de la Jurisdicción Social en los nuevos escenarios del trabajo: balance y perspectivas de futuro*, Ediciones CEF, 2023.
- Molins García-Atance, J., "La ejecución colectiva como instrumento de tutela judicial efectiva en el orden jurisdiccional social", *Diario La Ley*, núm. 8674, 2016.
- Monereo Pérez, J. L., "El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la reforma de 2012", *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 115, 2012.
- Moya Amador, R., *Ejecución laboral de sentencias y demás títulos ejecutivos, judiciales y extrajudiciales*, Directores de la Tesis: Sofía Olarte Encabo, María Pilar Rivas Vallejo (codrs.), Universidad de Granada, 2021.
- Páez Escámez, R., "Modificaciones operadas por el RDL 6/2023 en la LEC con transcendencia en el Procedimiento Laboral", en AA.VV. (Vila Tierno, F., Dir.; Montes Adalid, G.M. y Castro Medina, R., Coords.), *La reforma del proceso en el Orden Social derivada del RDL 6/2023, de 19 de diciembre. Comentario de urgencia*, Laborum, Murcia, 2024.
- Salinas Molina, F., "Una visión general de los desafíos de la jurisdicción social: propuestas de reforma legislativa a partir de una experiencia práctica crítica", en AA.VV., *Retos de la Jurisdicción Social en los nuevos escenarios del trabajo: balance y perspectivas de futuro*, Ediciones CEF, 2023.
- Vila Tierno, F., "Análisis de urgencia de las modificaciones introducidas en el RDL 6/2023, de 19 de diciembre, en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social", *AEDTSS, Briefs AEDTSS*, 72, 202.

ACERCA DE LAS ÚLTIMAS TRANSFORMACIONES Y REFORMAS QUE AFECTAN AL DESPIDO COLECTIVO

ABOUT THE LATEST TRANSFORMATIONS AND REFORMS THAT AFFECT
COLLECTIVE REDUNDANCY

Pompeyo Gabriel Ortega Lozano

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Granada

portega@ugr.es ORCID [0000-0001-9880-4231](https://orcid.org/0000-0001-9880-4231)

Recepción de trabajo: 13-01-2024 - Aceptación: 25-02-2024 - Publicado: 22-03-2024

Páginas: 141-168

■ 1. INDAGANDO EN LA INTENCIÓN DEL LEGISLADOR ESPAÑOL EN LAS ÚLTIMAS MODIFICACIONES EN MATERIA DE DESPIDO COLECTIVO. ■ 2. REFORMAS INTRODUCIDAS POR EL REAL DECRETO 608/2023 EN EL DESPIDO COLECTIVO: UNA NORMA INCOMPLETA A TODOS LOS EFECTOS. ■ 3. LA MAYOR RESPONSABILIDAD DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO EN EL DESPIDO COLECTIVO CONSECUENCIA DE LA LEY 3/2023, DE 28 DE FEBRERO, DE EMPLEO. ■ 4. EL DEBATE ACERCA DEL DESPIDO COLECTIVO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA TRAS LA REFORMA LABORAL DE 2021 QUE DEROGA LA DISPOSICIÓN ADICIONAL DECIMOSEXTA DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES. ■ 5. TRANSFORMACIONES EN LA INTERPRETACIÓN DEL CÓMPUTO DEL DESPIDO COLECTIVO. ■ 6. REFLEXIONES JURÍDICAS. ■ 7. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

Desarrollamos un análisis de la diversa y heterogénea problemática que presenta el marco jurídico-positivo del despido colectivo en el ordenamiento español, pero enfocado a las últimas reformas, modificaciones y cambios jurisprudenciales que le han afectado. Reformas “incompletas”, “inacabadas” o que dan lugar a diversas interpretaciones resultado del sentido de la norma como las modificaciones siguientes: la reforma introducida por el Real Decreto 608/2023, de 11 de julio, por el que se desarrolla el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo; las modificaciones en la Inspección de Trabajo y Seguridad Social consecuencia de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo; algunas dudas interpretativas fruto de la derogación de la disposición adicional decimosexta del Estatuto de los Trabajadores por la vía de la reforma laboral del 2021; o la doctrina jurisprudencial acerca de la interpretación en el cómputo del despido colectivo.

PALABRAS CLAVE: reformas, transformaciones, modificaciones, despido, colectivo.

ABSTRACT

We develop an analysis of the diverse and heterogeneous problems presented by the legal-positive framework of collective dismissal in the Spanish legal system, but focused on the latest reforms, modifications and jurisprudential changes that have affected it. “Incomplete”, “unfinished” reforms or those that give rise to different interpretations as a result of the meaning of the regulation, such as the following amendments: the reform introduced by Royal Decree 608/2023, of July 11, 2023, which develops the RED Mechanism of Flexibility and Stabilization of Employment; the modifications in the Labor and Social Security Inspection as a result of the Law 3/2023, of 28 February, on Employment; some interpretative doubts as a result of the repeal of the sixteenth additional provision of the Workers’ Statute by way of the 2021 labour reform; or the jurisprudential doctrine about the interpretation in the calculation of collective redundancy.

KEYWORDS: reforms, transformations, modifications, redundancy, collective.

1. INDAGANDO EN LA INTENCIÓN DEL LEGISLADOR ESPAÑOL EN LAS ÚLTIMAS MODIFICACIONES EN MATERIA DE DESPIDO COLECTIVO

Como puede corroborarse, la materia relativa a la extinción del contrato de trabajo viene siendo objeto de intensos debates sociales, políticos y científicos¹. Ello lo convierte en un tema especialmente atractivo para su tratamiento desde la perspectiva jurídica. Desarrollamos un análisis de la diversa y heterogénea problemática que presenta el marco jurídico-positivo del despido colectivo, pero enfocado a las últimas reformas, modificaciones y cambios jurisprudenciales que le han afectado: la reforma introducida por el Real Decreto 608/2023, de 11 de julio, por el que se desarrolla el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo; las modificaciones consecuencia de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo; algunas dudas interpretativas fruto de la derogación de la disposición adicional decimosexta del Estatuto de los Trabajadores por la vía de la reforma laboral del 2021 [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]; o la doctrina jurisprudencial acerca de la interpretación en el cómputo del despido colectivo.

El despido colectivo es una institución que posee los rasgos necesarios y suficientes para erigirse en objeto de estudio continuo y actual: es una figura jurídica que goza de una compleja y particular articulación normativa al mismo tiempo que se convierte en un elemento de total aplicación práctica, lo que suscita el planteamiento de numerosos problemas técnicos. Lo que se complica con las últimas modificaciones y, especialmente, aquellas que terminan siendo “reformas incompletas”, “inacabadas” o, mejor dicho, dan lugar a interpretación consecuencia de que el sentido literal de las cláusulas no son nada claras y dejan lugar a dudas sobre la intención del legislador.

El despido es un negocio jurídico unilateral, constitutivo y recepticio, por el cual, el empresario procede, por su propia voluntad, a la extinción del contrato de trabajo². Es unilateral, porque es el empleador quien toma la decisión de extinguir el contrato de trabajo con independencia de cuál sea la voluntad del trabajador que no influye ni interviene en la decisión empresarial. Es constitutivo, porque produce efectos extintivos e inmediatos por sí mismo, aun cuando en un momento posterior, el despido sea declarado improcedente o nulo. El trabajador puede impugnar la extinción contractual —voluntad del empresario— lo que no implica que el despido no haya existido —aunque haya sido declarado no legítimo—. Es recepticio, porque carece de efectividad jurídica hasta que no llega a conocimiento del trabajador.

1 Monereo Pérez, J. L., *El despido colectivo y sus elementos configuradores tras las recientes reformas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

2 Montoya Melgar, A., *Derecho del Trabajo*, Madrid, 1981, 4ª ed., pág. 410. Memento Práctico Francis Lefebvre, *Despido. Y otras formas de extinción del contrato de trabajo 2022-2023*, Madrid, 2021, pág. 11. Entre otras muchas, STS 19 de noviembre de 2014 [RJ 2015\1765] y STS 13 de mayo de 2019 [RJ 2019\3534].

ACERCA DE LAS ÚLTIMAS TRANSFORMACIONES Y REFORMAS QUE AFECTAN AL DESPIDO COLECTIVO

A lo largo del tratamiento de este estudio localizamos —igualmente— un problema jurídico de razonabilidad que tiene que ver con el margen de discrecionalidad inherente a la valoración interpretativa de las normas que regulan la figura jurídica del despido colectivo y, en concreto, las de las recientes reformas mencionadas. Por lo que entramos también en la valoración judicial de los conceptos jurídicos indeterminados, donde el juez, en su momento, deberá realizar un análisis comparativo sustentado en criterios objetivos-normativos —no subjetivos— que justifiquen el interés de prevalencia en el caso concreto. Solo se exige un juicio adecuado de razonabilidad: es decir, una resolución fundada en derecho —aun cuando posea elementos de discrecionalidad— que respete los hechos y el precepto aplicable al caso concreto. Por este motivo es habitual que la norma sea completada, en su justificación, con valoraciones que superan el estricto plano de lo jurídico ocasionando mayor desconfianza en los sujetos afectados —trabajador y empresario—: no obstante, está permitido, pues la propia norma admite discrecionalidad en la interpretación jurídica. La práctica nos muestra como las situaciones expuestas a valoración judicial son resueltas de manera diferente en función del momento o de las circunstancias existentes.

Todo lo contrario a la doctrina jurisprudencial referida a la “*intención de los contratantes*” en la interpretación de los convenios colectivos y que traemos a colación, pero, lógicamente, realizando un esfuerzo de lectura por parte del lector y, por supuesto, salvando las diferencias existentes. No obstante, la construcción doctrinal es tan buena que entendemos idónea traerla a colación para lo que después se argumentará sobre dichas reformas y los conceptos jurídicos indeterminados. En este sentido, para el Tribunal Supremo, partiendo de que la “*interpretación ha de atender tanto a las reglas legales atinentes a la hermenéutica de las normas jurídicas como a aquellas otras que disciplinan la interpretación de los contratos, esto es: los arts. 3, 4 y 1281 a 1289 CC*”³, teniendo que combinarse con “*criterios de orden lógico, gramatical e histórico*”⁴, junto con el principal de atender a las palabras e intención de los contratantes (en este caso, podríamos indicar, del legislador), pues no hay que olvidar que el “*primer canon hermenéutico en la exégesis de los contratos*” (en este caso, podríamos decir de la norma “nueva”) es “*el sentido propio de sus palabras [art. 3.1 CC]*”, el “*sentido literal de sus cláusulas [art. 1281 CC]*”⁵ que constituyen “*la principal norma hermenéutica —palabras e intención de los contratantes—*”⁶ de forma que “*cuando los términos de un contrato son claros y terminantes, no dejando lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, debe estarse al sentido literal de sus cláusulas, sin necesidad de acudir a ninguna otra regla de interpretación*”⁷, puesto que las normas de interpretación de los arts. 1282 y siguientes del CC tienen carácter de

3 STS 21 de diciembre de 2009 [RJ 2010\2150], STS 16 de enero de 2008 [RJ 2008, 1976], STS 14 de febrero de 2008 [RJ 2008, 2902], STS 27 de mayo de 2008 [RJ 2008, 6610], STS 24 de junio de 2008 [RJ 2008, 7531] y STS 27 de junio de 2008 [RJ 2008, 4341].

4 STS 16 de enero de 2008 [RJ 2008, 1976] y STS 27 de junio de 2008 [RJ 2008, 4341].

5 STS 25 de enero de 2005 [RJ 2005, 1199].

6 STS 1 de julio de 1994 [RJ 1994, 6323].

7 STS 13 de julio de 2007 [RJ 2007, 2389], STS 3 de abril de 2007 [RJ 2007, 3491], STS 16 de enero de 2008 [RJ 2008, 1976], STS 27 de mayo de 2008 [RJ 2008, 6610] y STS 27 de junio de 2008 [RJ 2008, 4341].

*subsidiariedad en su aplicación*⁸, de forma que “cuando la literalidad de las cláusulas de un contrato sean claras, no son de aplicar otras diferentes que las correspondientes al sentido gramatical, o dicho de otro modo, el art. 1281 CC consta de dos párrafos, que persiguen la doble finalidad de evitar que se tergiverse lo que aparece claro, o que se admita, sin aclarar lo que se ofrezca oscuro, siendo factor decisivo de interpretación, en el primer supuesto las palabras empleadas, y en el segundo la intención evidente de los contratantes”⁹. ¿Y cuál ha sido la intención del legislador en las transformaciones realizadas?

2. REFORMAS INTRODUCIDAS POR EL REAL DECRETO 608/2023 EN EL DESPIDO COLECTIVO: UNA NORMA INCOMPLETA A TODOS LOS EFECTOS

Hacemos referencia expresa a determinadas modificaciones que han terminado afectando al proceso de despido colectivo, introducidas por el Real Decreto 608/2023, de 11 de julio, por el que se desarrolla el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo¹⁰; alteraciones que han variado algunos de los preceptos del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.

Al hilo de lo anterior, la disposición final tercera sobre “modificación del Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, aprobado por el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre”, establece las siguientes novedades:

[1] La disposición adicional segunda del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, referida a la “tramitación electrónica de los procedimientos”, queda redactada de la siguiente manera:

“1. De conformidad con lo establecido en el artículo 14 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, en los procedimientos de despido colectivo y en los de reducción de jornada o suspensión de contratos de trabajo, la empresa que los inicie está obligada a relacionarse con la autoridad laboral a través de medios electrónicos. Del mismo modo, todas las comunicaciones que deban realizarse por cualesquiera órganos de las administraciones con competencias para la tramitación de dichos procedimientos, incluyendo aquellas dirigidas a la representación legal de las personas trabajadoras, se realizarán por medios electrónicos.

8 STS 1 de febrero de 2007 [RJ 2007, 2500].

9 STS 24 de junio de 2008 [RJ 2008, 753].

10 Vid. Fabregat Monfort, G., “Sobre el preaviso de seis meses en despidos colectivos”, en *Observatorio de Recursos Humanos*, agosto, 2023.

ACERCA DE LAS ÚLTIMAS TRANSFORMACIONES Y REFORMAS QUE AFECTAN AL DESPIDO COLECTIVO

2. A los fines previstos en el apartado anterior, el Ministerio de Trabajo y Economía Social desarrollará y mantendrá una aplicación informática que permita la tramitación y gestión administrativa de los procedimientos regulados en este reglamento.

3. Las Comunidades Autónomas podrán utilizar sus propias aplicaciones informáticas o bien adherirse a la aplicación informática a que se refiere el apartado anterior, mediante la suscripción del correspondiente convenio con el Ministerio de Trabajo y Economía Social.

4. Mediante las normas de desarrollo de este reglamento se determinarán los sistemas o medios electrónicos que habrán de utilizarse para comunicarse con la Administración”.

A fecha de hoy, verdaderamente se trata de una obligación a futuro, pues para el cumplimiento del contenido de esta disposición se requiere la implementación de la aplicación informática por parte del ministerio correspondiente, esto es, el Ministerio de Trabajo y Economía Social.

[2] Se introduce una nueva disposición adicional sexta, sobre la “obligación de notificación previa en los supuestos de cierre”, que tendrá la siguiente redacción¹¹:

“1. Las empresas que pretendan proceder al cierre de uno o varios centros de trabajo, cuando ello suponga el cese definitivo de la actividad y el despido de cincuenta o más personas trabajadoras, deberán notificarlo a la autoridad laboral competente por razón del territorio y al Ministerio de Trabajo y Economía Social, a través de la Dirección General de Trabajo.

Estas notificaciones se efectuarán a través de los medios electrónicos a los que se refiere la disposición adicional segunda, y deberán ser realizadas con una antelación mínima de seis meses a la comunicación regulada en el artículo 2. En el caso en que no sea posible observar esa antelación mínima, deberá realizarse la notificación tan pronto como lo fuese y justificando las razones por las que no se pudo respetar el plazo establecido.

2. Dichas empresas remitirán copia de la notificación a la que se refiere el apartado anterior a las organizaciones sindicales más representativas y a las representativas del sector al que pertenezca la empresa, tanto a nivel estatal como de la comunidad autónoma donde se ubiquen el centro o centros de trabajo que se pretenden cerrar”.

Mayor preocupación posee esta nueva obligación. A continuación, pasamos a exponer algunas de las problemáticas o interrogantes que localizamos en la redacción de esta nueva disposición adicional sexta:

1. Escasa concreción normativa. Nos encontramos ante una norma que se encuentra, a nuestro juicio, poco desarrollada, puesto que introduce una práctica hasta el momento inexistente

¹¹ La CEOE ya ha anunciado que recurrirá ante la justicia el preaviso de seis meses para los despidos colectivos alegando que el cambio se incluyó en la norma sin consultarlo con los agentes sociales.

(obligación de notificación previa en los supuestos de cierre) y que pretende ser de vocación “habitual” en los procesos de reestructuración (se convierte en un deber de comunicación obligatorio).

2. Tiempo excesivo de seis meses desde dos perspectivas: para la comunicación con tanta antelación; y para las consecuencias de la evolución del mercado. Comunicar la previsión de cierre de algún centro de trabajo que suponga el cese definitivo de la actividad y el despido de cincuenta o más personas trabajadoras con una antelación mínima de seis meses, en la práctica, puede ser bastante complicado para las mercantiles que se encuentren atravesando problemas económicos importantes y requieran de actuaciones urgentes. Si bien es cierto que, en el mismo apartado, el contenido normativo te indica que en el que caso de que no sea posible observar esa antelación mínima de seis meses, se deberá realizar la notificación tan pronto como fuese posible alegando y justificando las razones por las que no se pudo respetar el plazo establecido: lógicamente, ya adelantamos que esta materia será motivo de controversia jurídica. Pero, por otro lado, seis meses puede ser mucho tiempo en la evolución de mercado y en la proyección que podría tener en las extinciones de los trabajadores (para ampliar el número de trabajadores a despedir o para disminuirlos).
3. Destinatarios. Se excluye de la comunicación a los futuros negociadores. De conformidad con la norma, la comunicación exigida es a la “autoridad laboral” (apartado 1) y a las “organizaciones sindicales más representativas y a las representativas del sector al que pertenezca la empresa”. No tiene mucho sentido la obligación de comunicar el cierre de centro de trabajo con una antelación de seis meses si dejamos fuera a los futuros negociadores. Lo más lógico sería también una comunicación directa a los sindicatos presentes en la empresa.
4. Clima adverso y rendimiento de los trabajadores. Si bien es cierto que la comunicación no debe llegar a los futuros negociadores, también es posible pensar que habrá filtraciones o que dicha medida, de una u otra forma, será conocida por la totalidad de la empresa (especialmente sus trabajadores). Deber de comunicación con seis meses de antelación a la negociación, periodo de consultas que ya de por sí suele constituir un clima adverso en la empresa y que ahora, con esta nueva normativa, se creará con seis meses de antelación, afectando, sin duda, al clima laboral y al propio rendimiento de los trabajadores.
5. Inconcreción de consecuencias jurídicas e insuficiencia en el contenido. Pero, además, no se concreta tampoco cuáles son las consecuencias jurídicas en caso de incumplimiento de la comunicación, ya sea en su totalidad o en un período de tiempo inferior a los seis meses (puesto que tal vez la jurisprudencia aquí se incline también en el principio o deber de negociar de buena fe, pues, sin duda, habrá casos extremos —serán muchos— los que no se podrán comunicar con la antelación requerida por la norma, pero, quizás, sí con una antelación de dos o tres meses). Por tanto, el contenido es inconcreto y crea inseguridad jurídica, pues entendemos que no es suficiente con la afirmación “en el caso en que no sea posible observar esa antelación mínima, deberá realizarse la notificación tan pronto como lo fuese y justificando las razones por las que no se pudo respetar el plazo establecido”.

ACERCA DE LAS ÚLTIMAS TRANSFORMACIONES Y REFORMAS QUE AFECTAN AL DESPIDO COLECTIVO

6. Contradicción en el sentido de la norma. La norma obliga a la comunicación de la pretensión de cerrar uno o varios centros de trabajo cuando suponga el despido de cincuenta o más personas trabajadoras. Pero no existe obligación de comunicar nada en el supuesto de que queramos despedir a un número superior de trabajadores (imaginemos un despido colectivo masivo) que no suponga un cierre del centro de trabajo. Finalidad de la norma que encontramos contradictoria y que, quizás, sería mejor que la comunicación con tanta antelación estuviera en relación con la magnitud o importancia del proceso de despido colectivo que se pretende ejecutar: es decir, al número de trabajadores que se van a despedir.
7. ¿Y si ampliamos el periodo de consultas en supuestos de excesiva complejidad? Creemos que hubiera sido más operativo ampliar el período de consultas en función de la complejidad del proceso y del número de trabajadores proyectados que se van a despedir.
8. Concreción de la finalidad de la norma. El legislador tendrá que detallar con claridad cuál es la finalidad de dicha obligación; en caso contrario, esta comunicación terminará convirtiéndose en un mero trámite formal que no aporte nada al proceso de reestructuración empresarial.

En definitiva, entendemos que nos encontramos ante una norma que requiere de mayor precisión jurídica por parte del legislador, sin que sea adecuado que esa inseguridad jurídica se resuelva por los tribunales. Por tanto, quedamos expectantes a las consecuencias jurídicas de incumplir esta nueva formalidad y que, salvo una posterior concreción legislativa, los jueces y tribunales tendrán mucho que decir¹².

[3] Se modifica la numeración de la disposición transitoria única, que pasa a ser la disposición transitoria primera, y se introduce una disposición transitoria segunda, sobre “procedimientos iniciados”, que tendrá la siguiente redacción:

“Los despidos colectivos y expedientes de regulación temporal de empleo que se hubieran iniciado a la fecha de la entrada en vigor del Real Decreto 608/2023, de 11 de julio, por el que se desarrolla el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo, se regirán por la normativa vigente en el momento de su inicio”.

[4] Se modifica también el contenido y, especialmente, la redacción dada al artículo 33 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada. Si bien no son modificaciones de vital importancia y que afecten con vitalidad al procedimiento de despido colectivo, parece que el contenido del precepto queda algo más claro y, especialmente, pausado, pues se amplía el enumerado desde el apartado 6 al apartado 8. En este sentido, establece el nuevo artículo 33, respecto a la instrucción y resolución, lo siguiente:

¹² Cuestiones interesantes referidas en Baylos Grau, A., “Reformas en el procedimiento de despido colectivo (RD 608/2023) y período electoral”, en el Blog *Según Antonio Baylos*, julio 2023.

ACERCA DE LAS ÚLTIMAS TRANSFORMACIONES Y REFORMAS QUE AFECTAN AL DESPIDO COLECTIVO

“1. La autoridad laboral competente recabará, con carácter preceptivo, informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y podrá realizar o solicitar cuantas otras actuaciones o informes considere indispensables.

No obstante lo anterior, la solicitud del informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social no será preceptiva en los casos en que la fuerza mayor temporal venga determinada por los impedimentos o limitaciones en la actividad normalizada de la empresa a los que se refiere el artículo 47.6 del Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

2. La autoridad laboral dictará resolución en el plazo máximo de cinco días a contar desde la fecha de entrada de la solicitud en el registro del órgano competente para su tramitación.

3. En el caso de que figuren en el procedimiento y puedan ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos, alegaciones y pruebas distintos de los aportados por la empresa en su solicitud, se dará a ésta y a la representación legal de las personas trabajadoras el oportuno trámite de audiencia, que deberá realizarse en el término de un día.

4. La resolución de la autoridad laboral constatará, en su caso, la existencia de la fuerza mayor alegada por la empresa o la acreditación por parte de esta del impedimento o las limitaciones a su actividad.

En los supuestos de reducción de jornada y suspensión de contratos, la resolución que declare la existencia de la fuerza mayor expresará, además, hasta qué fecha surte efectos.

5. Sin perjuicio de lo previsto en el apartado anterior, corresponderá a la empresa la decisión sobre la extinción de los contratos de trabajo o sobre la aplicación de medidas de reducción de jornada o suspensión de contratos, que surtirán efectos desde la fecha del hecho causante de la fuerza mayor.

La empresa deberá dar traslado de su decisión a la representación de las personas trabajadoras y a la autoridad laboral.

6. En el supuesto de que, instruido el procedimiento, no se haya constatado la existencia de la fuerza mayor alegada, se podrá iniciar el oportuno procedimiento de despido colectivo o de suspensión de contratos o reducción de jornada por otras causas, de acuerdo con lo establecido en el título I.

7. De conformidad con lo previsto en los artículos 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, las resoluciones de la autoridad laboral podrán ser objeto de recurso de alzada por los interesados ante el órgano superior jerárquico del que las haya dictado, cuya resolución podrá ser impugnada ante la jurisdicción social.

8. Las personas trabajadoras y sus representantes legales podrán impugnar las decisiones empresariales sobre la extinción de contratos o sobre las medidas de reducción de jornada y suspensión de contratos que les afecten en los términos establecidos en los artículos 15 y 24”.

[5] Por último, como ya hemos hecho mención en el texto, se añade un nuevo apartado 4 en el artículo 10 del Real Decreto 1483/2012, con la siguiente redacción:

“4. La autoridad laboral garantizará el acceso de las partes interesadas el expediente administrativo, y, en particular, les remitirá el informe al que se refiere el artículo 11 en el momento de su recepción”.

En suma, se trata de una nueva norma que, en definitiva, viene a materializar el desarrollo reglamentario de los ERTES y el mecanismo RED de flexibilidad y estabilización de empleo que vino a introducir la reforma laboral del año 2021, aprovechando para realizar algunos “retoques” en el despido colectivo y, especialmente, una importante obligación de comunicar, con una antelación mínima de seis meses, el cierre de algún centro de trabajo que suponga el cese de actividad y el despido de cincuenta o más trabajadores.

3. LA MAYOR RESPONSABILIDAD DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO EN EL DESPIDO COLECTIVO CONSECUENCIA DE LA LEY 3/2023, DE 28 DE FEBRERO, DE EMPLEO

Respecto a la actuación de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social¹³, la misma tiene un carácter informativo que conduce a la ulterior valoración por parte de quien juzga en instancia, como un medio probatorio más sin que quepa atribuirle efecto vinculante alguno y sin que pueda excluirse el análisis de los demás medios de prueba y, en suma, la necesaria convicción de quien juzga tras la valoración de todos ellos.

La Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, ha venido a otorgar mayor responsabilidad a la Inspección de Trabajo, puesto que se añade, en el artículo 51 ET, el siguiente apartado: “*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*”. Se amplía así el alcance y el rigor del informe al introducirse la obligación de la Inspección de Trabajo de pronunciarse sobre la “*concurrencia de las causas especificadas por la empresa en la comunicación inicial*”, por lo que, de este modo, la propia Inspección de Trabajo deberá analizar detenidamente la concurrencia de las causas empresariales. Por tanto, se implanta así un primer control de legalidad a realizar por la Inspección

¹³ Vid. Guindo Morales, S., “Los efectos jurídicos de la extinción del contrato de trabajo por circunstancias objetivas en el terreno de la seguridad social”, en Barrios Baudor, G. L. y Rodríguez Iniesta, G. (Dirs.) *et al*, *Derecho vivo de la Seguridad Social*, Murcia, Laborum, 2019, págs. 81 y ss.

ACERCA DE LAS ÚLTIMAS TRANSFORMACIONES Y REFORMAS QUE AFECTAN AL DESPIDO COLECTIVO

de Trabajo, algo novedoso, pues, hasta antes de la introducción de este apartado, el único control de legalidad se tenía que realizar a través de una acción judicial; sin perjuicio de lo anterior, a pesar de que el informe sea negativo, no se impide a la empresa que continúe con la ejecución del despido colectivo, si bien ese informe de la Inspección de Trabajo, a pesar de no ser vinculante para el órgano judicial, si sembrará dudas judiciales¹⁴.

En la literatura académica localizamos, respecto a la posibilidad de que la Inspección de Trabajo se pronuncie en su informe en relación con las causas del despido, opiniones favorables y negativas. La profesora Terradillos viene a confirmar que, a su juicio, nos encontramos ante un paso más para utilizar *“el despido colectivo como última ratio”*, en esa idea de que prevalezcan las medidas de flexibilidad interna sobre las externas¹⁵.

Por su parte, la profesora López Cumbre entiende que con esta posibilidad, *“de algún modo, la antigua “autorización administrativa” pasa ahora a depender no tanto de la autoridad laboral sino de la Inspección toda vez que su informe deberá tener un sentido concreto”*; continua estableciendo que, *“si bien la inspección tiene, entre sus funciones, la de vigilar, la de conciliar o mediar y también, la de asesorar técnicamente (artículo 12 de la Ley Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social), no parece claro que, entre sus facultades (artículo 13) se encuentren aquellas que necesita para acreditar debidamente la causa del despido colectivo”*, para finalizar concluyendo que *“en consecuencia, y surgida como una medida destinada a recuperar garantías en la tramitación del procedimiento de despido colectivo, puede tener un efecto contrario; a saber, el de introducir una mayor complejidad procesal en una tramitación por el momento tutelada, bien por el acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, bien por la intervención judicial”*¹⁶.

Opinión que también sigue el prof. Goerlich ligándola, especialmente, a la confusión que el precepto puede generar, concretamente, por *“la tentación de extenderlo por vía analógica al conjunto de los procedimientos de regulación de empleo, temporal o definitiva”*, rechazando dicha posibilidad sin que se produzca una modificación normativa de esos otros preceptos; pero, especialmente, al siguiente apartado que deja clara su opinión: *“pues bien, al utilizar precisamente la expresión que describe en la LRJS la actividad judicial de control de la causa del despido colectivo, el nuevo art. 51.2 ET impone a la ITSS extenderse tanto sobre la verificación de los hechos en que consiste la causa como sobre su adecuada “conexión funcional” con el despido. Cabe resaltar, sin embargo, que la naturaleza de ambos aspectos es diferente; y esto no puede dejar de matizar la eficacia del informe. Desde la aprobación de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, es claro que también los informes de la ITSS están*

¹⁴ Martínez Pérez, E., “Se refuerza el papel de la Inspección de Trabajo en los despidos colectivos”, *KPMG Tendencias*, 2023.

¹⁵ Terradillos Ormaetxea, E., “El alcance del análisis por parte de la Inspección de Trabajo de la concurrencia de las causas empresariales en los despidos colectivos tras la Ley 3/2023, de Empleo”, *Briefs AEDTSS*, 21, 2023.

¹⁶ López Cumbre, L., “El «control» de los despidos colectivos por la inspección de trabajo y seguridad social”, *GA_P*, 2023.

ACERCA DE LAS ÚLTIMAS TRANSFORMACIONES Y REFORMAS QUE AFECTAN AL DESPIDO COLECTIVO

amparados por la “presunción de certeza de las comprobaciones inspectoras” a la que se refiere su art. 23. Pero esta presunción se limita a los “hechos reseñados” y no a su valoración jurídica. Desde este punto de vista, si los aspectos estrictamente fácticos a los que se haga referencia en el informe sí parecen vinculantes, sin perjuicio por supuesto de su posible contradicción por los interesados y de la libre apreciación judicial del conjunto del material probatorio, es claro que carecen de valor singular alguno las consideraciones que se incluyan sobre su proporcionalidad en relación con el despido. A la postre, ello supone que el juicio de proporcionalidad expresado por el ITSS no prevalece en modo alguno sobre el acordado, en su caso, por las partes durante las consultas; ni menos aún, puede ser impuesto al tribunal llamado a resolver la controversia. Pero, entonces, ¿cuál es su utilidad?”¹⁷.

Reforma a la que Sacristán Enciso ha venido a titular como de “mucho ruido y pocas nueces”, puesto que “no hay ningún beneficio adicional para los trabajadores, ni perjuicio para la empresa, que se derive del “nuevo” pronunciamiento que haga el inspector de trabajo”¹⁸.

La actuación de la Inspección de Trabajo tiene un carácter informativo que conduce a la ulterior valoración por parte de quien juzga en instancia, como un medio probatorio más sin que quepa atribuirle efecto vinculante alguno (“informe de la Inspección de Trabajo que no posee valor vinculante para los órganos jurisdiccionales”¹⁹) y sin que pueda excluirse el análisis de los demás medios de prueba y, en suma, la necesaria convicción de quien juzga tras la valoración de todos ellos²⁰. Y como elemental consecuencia de ello, las actas e informes de la Inspección de Trabajo no son documento a los efectos revisorios²¹, pues aunque proceden de un funcionario especialmente cualificado en la materia sobre la que informa, de todas formas la material incorporación de sus apreciaciones fácticas carecen de la fehaciencia exigible para modificar la apreciación judicial de los hechos²², y no dejan de ser (aunque objetivas y competentes) manifestaciones documentadas inhábiles para modificar el relato fáctico²³.

En definitiva, al informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social no se le puede negar la presunción de imparcialidad y objetividad en las conclusiones que pueda extraer en sus pesquisas indagatorias, de modo que, aunque no vinculen, pueden, en su caso, servir de orientación en unión de otros

17 Goerlich Peset, J. M^a., “La nueva regulación del informe de la Inspección de Trabajo en los despidos colectivos: apuntes críticos”, *El Foro de Labos*, 2023.

18 Sacristán Enciso, J. I., “Los Inspectores de Trabajo y el despido colectivo: mucho ruido y pocas nueces”, *El Mundo*, 2023.

19 STS 28 de abril de 2017 [RJ 2017\2769].

20 STS 18 de marzo de 2014 [RJ 2014\1828].

21 STS 9 de febrero de 1996 [RJ 1996\1007] y STS 11 de diciembre de 2003 [RJ 2004\2577].

22 STS 12 de noviembre de 2015 [RJ 2015\5841] y STS 24 de noviembre de 2015 [RJ 2015\6391].

23 STS 20 de febrero de 1990 [RJ 1990\1247], STS 2 de febrero de 2000 [RJ 2000\1438], STS 14 de marzo de 2005 [RJ 2005\2993] y STS 17 de julio de 2012 [RJ 2012\8136].

elementos o factores a la hora de resolver²⁴. Es el tribunal el que valorará y apreciará las consecuencias jurídicas del contenido del informe de cara a la adecuación o no de las extinciones colectivas²⁵.

Así pues, en comparación con la situación actual (posterior a la reforma laboral de 2012²⁶), lo cierto es que, aun cuando la misma suprimió el requisito de la autorización de la autoridad administrativa, tal circunstancia no ha convertido a los funcionarios de la Inspección de Trabajo en meros fedatarios de la existencia en el procedimiento correspondiente de los documentos exigidos por la norma. Dicho de otra forma, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social no solo debe dar fe de que el empresario ha incorporado los documentos preceptivos y de que se ha realizado el periodo de consultas, sino que debe emitir un informe que constate que aquella documentación es la exigida en relación con las causas del despido y a tenor de la concreta causa alegada para despedir, al punto de que ha de poner de manifiesto lo que corresponda cuando compruebe que concurre fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo adoptado en el periodo de consultas. Además, en el mismo informe se debe verificar, en especial, que los criterios utilizados para la designación de los trabajadores afectados por el despido no resultan discriminatorios²⁷. Y ese mismo informe ha de referirse al contenido de las medidas sociales de acompañamiento que se hayan podido prever, de manera que, especialmente según los preceptos, debe comprobar que las empresas obligadas a ello han presentado el plan de recolocación externa y que éste cumple los requisitos exigidos en dicho artículo²⁸. A lo que se le añade, tras la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, que 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"*.

4. EL DEBATE ACERCA DEL DESPIDO COLECTIVO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA TRAS LA REFORMA LABORAL DE 2021 QUE DEROGA LA DISPOSICIÓN ADICIONAL DECIMOSEXTA DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

La disposición adicional decimosexta del Estatuto de los Trabajadores fue derogada por el apartado 2 de la disposición derogatoria única del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas

²⁴ STS 29 de diciembre de 2014 [RJ 2014\6891].

²⁵ SAN 28 de septiembre de 2012 [AS 2012\2515].

²⁶ Cristóbal Roncero, R., "La Reforma Laboral, a examen", *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 867, 2013.

²⁷ Gil Albuquerque, R., "Despido con causa en enfermedad temporal y discriminación", en AA.VV.: *La obra jurídica de Aurelio Desdentado Bonete*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2021, págs. 427-432.

²⁸ STS 2 de noviembre de 2016 [RJ 2016\6214].

ACERCA DE LAS ÚLTIMAS TRANSFORMACIONES Y REFORMAS QUE AFECTAN AL DESPIDO COLECTIVO

urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo²⁹: “*quedan derogados expresamente el artículo 12.3, los apartados 1 y 2 de la disposición adicional decimoquinta, la disposición adicional decimosexta y la disposición adicional vigesimoprimeras del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*”.

El contenido normativo de la disposición adicional decimosexta del Estatuto de los Trabajadores venía a establecer tres apartados de importante valor jurídico:

Un primer apartado en el que se establecía que “*el despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción del personal laboral al servicio de los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público de acuerdo con el artículo 3.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, se efectuará conforme a lo dispuesto en los artículos 51 y 52.c) de la presente ley y sus normas de desarrollo y en el marco de los mecanismos preventivos y correctivos regulados en la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas*”.

Un segundo apartado en el que se aportaba una definición específica de las causas objetivas para las Administraciones públicas: “*a efectos de las causas de estos despidos en las Administraciones Públicas, entendiéndose como tales, a los entes, organismos y entidades a que se refiere el artículo 3.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, se entenderá que concurren causas económicas cuando se produzca en las mismas una situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes. En todo caso, se entenderá que la insuficiencia presupuestaria es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos. Se entenderá que concurren causas técnicas, cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de la prestación del servicio público de que se trate y causas organizativas, cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal adscrito al servicio público*”.

Un tercer apartado en el que se establece que “*tendrá prioridad de permanencia el personal laboral fijo que hubiera adquirido esta condición, de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, a través de un procedimiento selectivo de ingreso convocado al efecto, cuando así lo establezcan los entes, organismos y entidades a que se refiere el párrafo anterior*”.

De una lectura de la derogada disposición adicional decimosexta del Estatuto de los Trabajadores se extraía una doble conclusión: 1) Aquellos que no tuvieran la consideración de Administración pública (ex artículo 3.1 LCSP) debían estar al régimen previsto en los artículos 51 y 52.c) ET y al título que lo desarrolla: título I del RD 1483/2012; 2) Sin embargo, aquellos que sí tuvieran la consideración de Administración pública (ex artículo 3.2 LCSP) quedaban sometidos al Título III del Capítulo II del

29 Vila Tierno, F., “Tiempo de reformas ¿o no?”, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 2, 2021, págs. 14-17. Vila Tierno, F., *Cuestiones actuales en materia de negociación colectiva. Al hilo de la reforma laboral del RDL 32/2021, de 28 de diciembre*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2022.

ACERCA DE LAS ÚLTIMAS TRANSFORMACIONES Y REFORMAS QUE AFECTAN AL DESPIDO COLECTIVO

RD 1483/2012, pero teniendo en cuenta las causas a las que se refería la propia disposición adicional decimosexta del Estatuto de los Trabajadores³⁰.

No obstante, a pesar de la derogación de la disposición adicional decimosexta del Estatuto de los Trabajadores, el artículo 7 EBEP establece que el personal laboral al servicio de las Administraciones públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan.

Por tanto, atendiendo a la literalidad de las normas citadas, entendemos que existen dos interpretaciones contradictorias:

Una primera interpretación —de difícil sostenimiento jurídico— sería la de rechazar acudir a despidos por causas ETOP en las Administraciones públicas;

Una segunda interpretación sería aquella que no impide aplicar los artículos 51 y 52.c) ET, manteniéndose así la posibilidad de acudir al despido por causas ETOP (no apreciamos obstáculo normativo o prohibición expresa para ello), precisamente, cuando el propio EBEP se remite expresamente al Estatuto de los Trabajadores, por lo que entendemos que es perfectamente admisible acudir al recurso de los despidos en Administraciones públicas.

Además, respecto a la no existencia de prohibición expresa para ello, resulta que sí encontramos una norma que expresamente prohíbe a la Administración pública acudir al ERTE. En este sentido, la disposición adicional decimoséptima del Estatuto de los Trabajadores, referida a la “suspensión del contrato de trabajo y reducción de jornada en las Administraciones públicas”, establece que “*lo previsto en el artículo 47 no será de aplicación a las Administraciones públicas y a las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de una o varias de ellas y de otros organismos públicos, salvo a aquellas que se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado*”.

Por tanto, concluimos que, sin existir prohibición expresa —como sí ocurre con el ERTE—, debe admitirse la remisión del artículo 7 EBEP a la legislación laboral y, en concreto, a los artículos 51 y 52.c) ET, encontrándonos ante un debate más doctrinal³¹ que jurídico-práctico; aunque también es cierto que los protagonistas del proceso de diálogo social que ha dado lugar a la reforma laboral del 2021 (introducida por el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral), parecen caminar en la senda (a pesar de que no se indica nada, en este sentido, en

30 Beltrán de Heredia Ruiz, I.: “RD Ley 32/2021 y derogación de la DA 16ª ET: ¿Las Administraciones Públicas pueden despedir por la vía de los arts. 51 y 52.c) ET?”, en el Blog *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, enero 2022.

31 Muy interesantes los debates planteados por Baylos Grau, A., “Estabilidad en el empleo público y reforma laboral”, en el Blog *Según Antonio Baylos*, diciembre de 2021. Beltrán de Heredia Ruiz, I., “RD Ley 32/2021 y derogación de la DA 16ª ET: ¿Las Administraciones Públicas pueden despedir por la vía de los arts. 51 y 52.c) ET?”, en el Blog *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, enero 2022. Guzmán, M^o. E. y Rodríguez-Piñero, M., “La reforma laboral (III): el empleo público”, en *PWC. Periscopio: Fiscal y Legal*, enero de 2022. Todolí Signes, A., “Las AAPP siguen pudiendo despedir por causas objetivas a pesar de la reforma laboral de 2021 que derogó la DA 16 ET (STSJ Extremadura 29/03/2023)”, en el Blog *Argumentos en Derecho Laboral*, septiembre, 2023.

ACERCA DE LAS ÚLTIMAS TRANSFORMACIONES Y REFORMAS QUE AFECTAN AL DESPIDO COLECTIVO

la exposición de motivos) de excluir los despidos por causas objetivas del empleo público. Lo que es evidente es que se ha eliminado la definición específica de las causas objetivas aplicables al sector público con la derogación de la disposición adicional decimosexta, pero, como hemos mantenido, entendemos que se aplicarán las definiciones genéricas de los mencionados preceptos: artículos 51 y 52.c) ET.

¿Y qué han entendido los tribunales? Debe examinarse, por tanto, si tras la reforma laboral de 2021 (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), con la derogación de la disposición adicional decimosexta del Estatuto de los Trabajadores, las Administraciones públicas pueden continuar efectuando despidos por causas objetivas (ETOP). En este supuesto el tribunal se decanta por el mantenimiento del criterio referido a la posibilidad de continuar despidiendo por circunstancias objetivas a pesar de la reforma sustentándose en las siguientes argumentaciones jurídicas³²:

1. La introducción de la disposición adicional decimosexta del Estatuto de los Trabajadores (en el año 2012) no sirvió para dar carta de naturaleza a los despidos objetivos por causas ETOP en las Administraciones públicas, sino para concretar o especificar sus causas con exclusión de las productivas, establecer normas de procedimiento y otorgar una prioridad de permanencia específica al personal laboral fijo, lógicamente, atendiendo a las particularidades de la naturaleza del ente público (en comparación con el sector privado).
2. Nada se localiza en la exposición de motivos de la reforma laboral de 2021 respecto a la “eliminación” de la posibilidad de las Administraciones públicas de acudir a mecanismos de flexibilidad externa mediante el despido por circunstancias objetivas. Sin embargo, parece razonable que introducir dicha supresión hubiera sido mencionado o hubiera merecido algún comentario —aunque sea brevemente— en el alcance de la derogación normativa de la propia exposición de la norma. Además, tampoco se dice nada en una ley coetánea (publicada un día antes en el BOE), como es la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público.
3. Refiriéndonos al criterio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la amortización del puesto de trabajo no es una condición resolutoria válida de un contrato de interinidad por vacante ni de una relación laboral indefinida no fija, debiéndose reconducir a la resolución por causas de empresa [artículos 51 y 52.c) y disposición adicional decimosexta del Estatuto de los Trabajadores]³³. O, más reciente en el tiempo, la argumentación del Tribunal Supremo confirmando lo siguiente: *“tanto en los supuestos de una interinidad por vacante, como en los de transformación de la contratación inicial o formalmente temporal en contratos de trabajo de indefinidos no fijos, la amortización de la plaza desempeñada no está legalmente prevista como causa extintiva*

32 STSJ Extremadura 29 de marzo de 2023 [JUR 2023\196701].

33 STS 24 de junio de 2014 [RJ 2014\4380] y STS 8 de julio de 2014 [RJ 2014\4503].

ACERCA DE LAS ÚLTIMAS TRANSFORMACIONES Y REFORMAS QUE AFECTAN AL DESPIDO COLECTIVO

de estos contratos; y, por ello, para poder extinguir los contratos sin haber cubierto previa y reglamentariamente las plazas, la Administración Pública deberá acudir a la vía de extinción prevista en los artículos 51 y 52 ET³⁴, pues de no hacerlo incurrirá en un despido improcedente. Concluyéndose que *“la amortización de la plaza desempeñada constituye una causa válida de terminación del contrato de trabajo (tanto interino cuanto indefinido no fijo), pero ha de articularse a través de los cauces previstos por el ordenamiento”*³⁴.

4. Volviendo a la argumentación del Tribunal Superior de Justicia, en caso de que la Administración pública no pudiera usar la vía de los despidos por causas empresariales, se estaría vaciando de contenido la citada jurisprudencia, pues si bien la amortización del puesto es causa válida de terminación de la relación laboral, al no poderse articular a través de un despido objetivo por causas de empresa (ETOP), el resultado es que la extinción constituiría un despido improcedente. De este modo, y al margen de las demás causas de extinción aplicables tanto al personal fijo como al temporal, el personal laboral indefinido no fijo sólo podría ver extinguida válidamente su relación cuando se cubra reglamentariamente el puesto, al haber desaparecido, como causa válida de extinción del contrato, la amortización, pues ya no podría articularse, reiteramos, a través del despido objetivo por causas ETOP. Y ello *“sin perjuicio de que volviéramos a la jurisprudencia anterior y entendiéramos que la amortización simple constituye una condición resolutoria válida de la relación laboral indefinida no fija y que pudiéramos reconocerle, en tal caso, una indemnización como la que se abona a los indefinidos no fijos en los casos de cobertura reglamentaria, de veinte días por año trabajado con un máximo de doce meses”*³⁵ partiendo de la jurisprudencia conforme a la cual *“la extinción aquí contemplada podría ser asimilable a las que el legislador considera como circunstancias objetivas que permiten la extinción indemnizada del contrato”*³⁶.

5. Por tanto, la derogación de la norma especial (disposición adicional decimosexta del Estatuto de los Trabajadores) implica, en consecuencia, una vuelta al régimen general constituido por los artículos 52.c) y 51 ET, no una prohibición ni una desregulación. Además, téngase en cuenta que la disposición adicional decimoséptima del Estatuto de los Trabajadores, en cambio, sí establece una regla prohibitiva de la suspensión del contrato y de la reducción temporal de jornada por causas ETOP o por fuerza mayor en las Administraciones públicas. No se contiene una regla prohibitiva expresa en ninguna norma sobre el despido objetivo por causas ETOP en las Administraciones públicas.

6. El artículo 7 EBEP dispone que *“el personal laboral al servicio de las Administraciones públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan”*. Y dentro de la legislación

34 STS 19 de abril de 2022 [RJ 2022\2086].

35 STSJ Extremadura 29 de marzo de 2023 [JUR 2023\196701].

36 STS 28 de marzo de 2017 [RJ 2017\1808] y STS 28 de marzo de 2019 [RJ 2019\1714].

ACERCA DE LAS ÚLTIMAS TRANSFORMACIONES Y REFORMAS QUE AFECTAN AL DESPIDO COLECTIVO

laboral se encuentran los artículos 52.c) y 51 ET. Esta regla de remisión es la que ha permitido aplicar en las Administraciones públicas medidas de flexibilidad interna no expresamente prohibidas (a diferencia de la suspensión y reducción temporal de jornada por causas ETOP o de fuerza mayor) como es la modificación sustancial de condiciones de trabajo ex artículo 41 ET. No existe ninguna razón para entender que la misma regla de remisión no es válida para los despidos por causas ETOP. La derogación simplemente deja sin efecto la regulación específica en las Administraciones públicas contenida en la norma derogada, pero no prohíbe los despidos objetivos por causas ETOP.

7. Para el tribunal no puede concluirse, como ha sostenido alguna doctrina, que el despido objetivo por causas ETOP sea incompatible con la naturaleza y finalidad de las Administraciones públicas. Por lo tanto, de aceptar la interpretación anterior, qué mecanismos de flexibilidad (interna o externa) tendrían los Entes públicos para hacer frente a eventuales desajustes entre el personal a disposición y los servicios a prestar. Y, entonces, las únicas respuestas posibles serían las de acudir a medidas de modificación sustancial de las condiciones de trabajo (ex artículo 41 ET), al despido sin causa y, por tanto, improcedente, y al despido objetivo por la causa prevista en el artículo 52.e) ET. Lo que no es lógico, puesto que en una Administración pública (al igual que en una empresa privada) puede surgir la necesidad de amortizar contratos, no bastando a tal efecto con modificar las condiciones de trabajo de los existentes. La respuesta legal a dicha necesidad no puede ser acudir al despido injustificado y, por tanto, ilícito, pues una regla como la que prohíbe o no permite despedir por causas ETOP en las Administraciones públicas, no es eficiente si incentiva comportamientos de sus destinatarios contrarios a derecho.
8. Asimismo, continua el tribunal afirmando que, tampoco el estrecho y específico cauce del artículo 52.e) ET constituye una salida razonable a la necesidad de amortizar, pues, aunque entendiéramos que dentro de las “entidades sin ánimo de lucro” se incluyen las Administraciones públicas en sentido propio (lo cual ya de por sí es difícil de sostener porque el propio legislador ha venido a diferenciarlos en el contenido de diferentes preceptos) la norma solo se refiere a determinado tipo de contratos (“*para la ejecución de planes y programas públicos determinados*”) con una concreta financiación (no estable, mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista) y por una causa justificativa específica (“*insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo*”).
9. Tomando como referencia que las Administraciones públicas sirven con objetividad los intereses generales y deben respetar en su actuación los principios generales de responsabilidad, eficacia, economía, suficiencia, adecuación estricta de los medios a los fines institucionales y eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos (de conformidad con el artículo 103.1 CE y el artículo 3.1 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público), a la hora de prestar los servicios públicos que le son propios, con eficacia, eficiencia y economía, dado el carácter limitado de sus recursos y las exigencias derivadas del principio de estabilidad presupuestaria y de sostenibilidad financiera (artículo 135.1 y artículo 2 CE y Ley Orgánica 2/2012,

de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera) es lógico que deban gestionar sus plantillas del modo más adecuado y racional posible para la mejor satisfacción de los intereses generales que tienen encomendados. Además, en el caso de corporaciones locales, también deben respetar el equilibrio presupuestario. En este sentido, el propio artículo 69 EBEP, en referencia a los objetivos e instrumentos de la planificación, dispone que *“la planificación de los recursos humanos en las Administraciones Públicas tendrá como objetivo contribuir a la consecución de la eficacia en la prestación de los servicios y de la eficiencia en la utilización de los recursos económicos disponibles mediante la dimensión adecuada de sus efectivos, su mejor distribución, formación, promoción profesional y movilidad”*. Y si bien es cierto que entre las medidas de planificación específicas no se alude a las extintivas (que son objetivamente aptas para lograr esa adecuación), no lo es menos que la enumeración no es exhaustiva sino ejemplificativa, como evidencia la expresión *“entre otras”* del apartado dos del citado precepto.

10. Como conclusión, finaliza el tribunal argumentando que no existe prohibición normativa expresa ni implícita para que las Administraciones públicas puedan *“acudir al despido objetivo por causas ETOP a fin de adecuar sus plantillas a sus necesidades, sin perjuicio de que a consecuencia de la derogación normativa de la DA 16ª ET, a la hora de interpretar y aplicar las causas que describe el artículo 51.1 ET, deberemos efectuar un ajuste o adecuación de la normativa general acorde a la naturaleza y finalidad específica de las Administraciones públicas”*. *“La consecuencia de lo razonado es que el despido del trabajador no se efectuó contraviniendo una prohibición legal por lo que, faltando la premisa, deviene innecesario valorar la conclusión (la nulidad)”³⁷*.

5. TRANSFORMACIONES EN LA INTERPRETACIÓN DEL CÓMPUTO DEL DESPIDO COLECTIVO

El TJUE modifica la doctrina a seguir sobre el cómputo del período de referencia para calificar un despido como colectivo: a partir de ahora deberá utilizarse la denominada por el prof. Beltrán como *“regla del compás”³⁸* o por el prof. Rojo como *“cómputo bidireccional”³⁹* y que nosotros denominamos

37 STSJ Extremadura 29 de marzo de 2023 [JUR 2023\196701].

38 Beltrán de Heredia Ruiz, I., “Despido colectivo, cómputo del período de 90 días y la regla del compás (y, ¿el fin de la caducidad de 20 días?): a propósito de la STJUE 11/11/20 (C-300/19), Marcleon Technologies”, en el Blog *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, noviembre de 2020.

39 Rojo Torrecilla, E., “Despidos colectivos. Cómputo bidireccional de los 90 días: ni hacia atrás, ni hacia delante, sino ambos. Examen del litigio que ha dado lugar a la sentencia del TJUE de 11 de noviembre de 2020 (asunto C-300/19)”, en el Blog *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, noviembre de 2020.

ACERCA DE LAS ÚLTIMAS TRANSFORMACIONES Y REFORMAS QUE AFECTAN AL DESPIDO COLECTIVO

“período continuo anterior/posterior”⁴⁰. A raíz de la sentencia del TJUE de fecha 11 de noviembre de 2020, asunto C300/19, caso UQ y Marclean Technologies, S. L. U., el cómputo del despido consiste en todo período de noventa días en el que se haya producido el despido, sin distinguir en función de que ese período sea anterior, posterior o en parte anterior y en parte posterior al despido individual.

En la citada sentencia del TJUE debe dilucidarse si la Directiva 98/59 (artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a) debe interpretarse en el sentido de que, a efectos de apreciar si un despido individual impugnado forma parte de un despido colectivo, el período de referencia de treinta o noventa días previsto en dicha disposición ha de calcularse computando, o bien exclusivamente un período anterior a ese despido individual, o bien igualmente un período posterior a ese despido, no solo en caso de fraude, sino también cuando no exista tal, o bien todo período de treinta o de noventa días en el que se haya producido ese despido individual.

Como indicábamos antes, el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de la Directiva 98/59, recoge que el concepto de “despido colectivo” se refiere a los despidos efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, siempre que concurren determinados requisitos de índole cuantitativa y temporal⁴¹. ¿Y por qué método ha optado el legislador español? Del artículo 51 ET se desprende que España optó por un período de referencia de noventa días.

Volviendo al caso concreto, el juzgado remitente constató que se había despedido entre 30 y 35 trabajadores, lo cual podía calificarse, a su juicio, de “despido colectivo” en el sentido del artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de la Directiva 98/59. Dicho juzgado observa que la transposición de esta Directiva en Derecho español contempla un período de noventa días. El juzgado remitente alberga dudas en cuanto a la definición del período de referencia de treinta o de noventa días que debe tomarse en consideración para determinar si las extinciones de contratos de trabajo constituyen un “despido colectivo” en el sentido de la Directiva 98/59. El mismo juzgado indica que, durante los noventa días siguientes a partir de la fecha de despido del trabajador, se produjeron en la empresa 30-35 extinciones de contratos de trabajo computables a efectos del cálculo del número de despidos. Sin embargo, el juzgado remitente pone de relieve que, en relación con la interpretación del artículo 51.1 ET, el Tribunal Supremo ha declarado que el período de noventa días previsto en dicha disposición se refiere exclusivamente al período anterior a la fecha del despido impugnado. Por otro lado, el juzgado remitente observa que el artículo 51.1 último párrafo, ET, permite computar las extinciones de contratos de trabajo posteriores al despido impugnado, pero solo en caso de que la empresa haya actuado fraudulentamente.

Según el juzgado remitente, esta finalidad de consulta y participación se cumpliría con más rigor si se tomase en consideración el período de referencia tanto antes como después de la fecha de

40 Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P. G., “Despido colectivo y Derecho Social Comunitario: La reinterpretación en el método del cómputo del factor temporal de los despidos colectivos: criterio amplio a través del periodo continuo anterior/posterior”, *La Ley Unión Europea*, núm. 89, 2021.

41 STJUE 10 de diciembre de 2009, asunto Rodríguez Mayor y otros, C-323/08 [TJCE 2009\381], apartado 35; STJUE 22 de febrero de 2018, asunto Porras Guisado, C-103/16 [TJCE 2018\6], apartado 42.

ACERCA DE LAS ÚLTIMAS TRANSFORMACIONES Y REFORMAS QUE AFECTAN AL DESPIDO COLECTIVO

despido del trabajador afectado, lo que permitiría a este último aducir otros despidos individuales que pudiera no conocer en el momento en que se produzca el suyo, pero que, posteriormente, sumados al suyo, alcancen el número de extinciones de contratos de trabajo que supongan la existencia de un despido colectivo a efectos de la Directiva 98/59.

El juzgado remitente contempla, en sus cuestiones prejudiciales, tres posibles métodos para determinar si se ha alcanzado el número de despidos requerido por el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de la Directiva 98/59. En primer lugar, hace referencia a dos métodos en virtud de los cuales, cuando se impugna un despido individual, se computa como período de referencia, o bien exclusivamente el período anterior a ese despido, o bien igualmente el período posterior al mismo, en caso de fraude. En segundo lugar, según el tercer método que sugiere el juzgado remitente, el período de referencia consiste en todo período de treinta o de noventa días en el que se haya producido el despido individual impugnado, sin distinguir en función de que ese período sea anterior, posterior o en parte anterior y en parte posterior al despido individual.

Para el TJUE, ni el primero ni el segundo de los métodos expuestos por el juzgado remitente son conformes con la Directiva 98/59⁴². En efecto, por un lado, el propio texto del artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de dicha Directiva no menciona, a efectos de calcular el número de despidos que se han producido, ningún límite temporal exclusivamente anterior o posterior al despido individual impugnado. Por otro lado, sobre todo, la aplicación de los dos primeros métodos expuestos por el juzgado remitente podría impedir o dificultar la consecución de la finalidad de la Directiva 98/59, que consiste específicamente, según su considerando 2, en reforzar la protección de los trabajadores en caso de despidos colectivos. En efecto, de la estructura y finalidad de la citada Directiva se desprende que esta exige que el período de referencia sea continuo. Por cuanto se refiere al tercer método expuesto por el juzgado remitente, según el cual el período de referencia consiste en todo período de treinta o de noventa días en el que se haya producido el despido individual impugnado, procede declarar el TJUE que este método es el único que resulta conforme con la finalidad de la Directiva 98/59 y que respeta el efecto útil de aquella.

La plena eficacia de la citada Directiva se vería limitada, en contra de su propia finalidad, si fuera interpretada en el sentido de que los tribunales nacionales no pueden computar los despidos producidos antes o después de la fecha del despido individual impugnado a efectos de determinar si existe o no un despido colectivo, en el sentido de esa misma Directiva. Por consiguiente, como destaca la Comisión Europea en sus observaciones escritas, procede examinar el período que cubra el despido individual impugnado y durante el cual se haya producido el mayor número de despidos efectuados por el empresario por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, en el sentido del artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de la Directiva 98/59.

42 Pérez Campos, A. I., "La labor creadora de derecho del TJUE en la configuración de los despidos colectivos", en *Anuario jurídico y económico escorialense*, núm. 55, 2022, págs. 91-114. Pérez Capitán, L., "Última jurisprudencia del tribunal supremo sobre despidos colectivos. Una exposición crítica", en *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 467, 2022, págs. 225-240.

ACERCA DE LAS ÚLTIMAS TRANSFORMACIONES Y REFORMAS QUE AFECTAN AL DESPIDO COLECTIVO

Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a las cuestiones prejudiciales planteadas que el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de la Directiva 98/59 debe interpretarse en el sentido de que, a efectos de apreciar si un despido individual impugnado forma parte de un despido colectivo, el período de referencia previsto en dicha disposición para determinar la existencia de un despido colectivo ha de calcularse computando todo período de treinta o de noventa días consecutivos en el que haya tenido lugar ese despido individual y durante el cual se haya producido el mayor número de despidos efectuados por el empresario por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, en el sentido de esa misma disposición⁴³.

La primera sentencia que dicta el Tribunal Supremo haciendo alusión y referencia a la nueva doctrina europea sobre el cómputo del despido colectivo (habrá que estar al período continuo en que mayor número de despidos se hayan producido, sin distinguir en función de que ese período sea anterior, posterior o en parte anterior y en parte posterior al despido individual) se localiza en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de diciembre de 2020⁴⁴. Concretamente, el sindicato demandante viene a solicitar que se declare la nulidad de los despidos efectuados por la empresa demandada en octubre de 2019 por haber superado la empresa los umbrales del artículo 51.1 ET. Partiendo de que la empresa tiene más de trescientos trabajadores, se impugna por el demandante las extinciones efectuadas en fecha de 18 de octubre de 2019, es decir, 17 trabajadores despedidos, y, posteriormente, también en octubre, otros 3 trabajadores más, sin que, a fecha del juicio (el 29/01/2020), hubiera ningún otro despido más. A continuación, el Tribunal Supremo, para resolver el asunto, decide tener en cuenta la reciente sentencia del TJUE de fecha 11 de noviembre de 2020. Conforme esta reciente doctrina, al hilo de lo anterior, para determinar la existencia de un despido colectivo ha de calcularse computando todo período de noventa días consecutivos en el que haya tenido lugar ese despido individual y durante el cual se haya producido el mayor número de despidos efectuados por el empresario por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, en el sentido de esa misma disposición; en el caso en los noventa días posteriores al despido cuestionado no consta que se haya efectuado ninguna extinción y en los noventa anteriores tampoco, pues las últimas extinciones (24 despidos) fueron el 12/04/2019, por lo tanto, ni en los noventa días consecutivos anteriores, ni en los posteriores se localiza un período de mayor número de despidos, pues solo existen los que tuvieron lugar el 18/10/2019, y tres más también en octubre. En definitiva, no se alcanzan los umbrales previstos en el artículo 51.1 ET para considerar que estamos ante un

43 Vila Tierno, F., "El cómputo del factor temporal. La nueva doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", en Ortega Lozano, P. G. y Guindo Morales, S. (Dirs.) *et al.* *Viabilidad de las empresas, mantenimiento del empleo y medidas de flexibilidad externa en la reestructuración empresarial*, Granada, Comares, 2022, págs. 475-487. Vila Tierno, F. y Montes Adalid, G. M^a, "Cómputo bidireccional del número de trabajadores afectados en supuestos de extinción. A propósito de la sentencia del TJUE de 11 de noviembre de 2020", en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 58, 2021.

44 STS 9 de diciembre de 2020 [RJ 2020\4941]. Interesante también el supuesto planteado en la STS 21 de julio de 2021 [RJ 2021\3958]: el itinerario de las fechas en las que la empresa demandada ha despedido a parte de su plantilla, al amparo de lo dispuesto en el artículo 52 c) ET, que arranca el 28 de febrero de 2015 y finaliza con el despido del actor el 14 de diciembre de 2016, no se corresponde con periodos sucesivos de 90 días que pudieran computarse ininterrumpidamente desde una a otra fecha, puesto que durante todo ese espacio temporal hay varios periodos superiores a 90 días en los que no se ha producido despido alguno, por lo que rompen de esta forma el necesario carácter sucesivo de los mismos.

despido colectivo. En consecuencia, no estamos ante un despido colectivo, puesto que, bajo ninguna circunstancia, ni aplicando la reciente doctrina del TJUE, no se superan los umbrales necesarios para el despido colectivo en ese período de noventa días a que se refiere la normativa española, ni hacia delante, ni hacia atrás, ni tampoco en parte hacia delante y en parte hacia atrás. Con ninguna de las sumas se supera el *quantum* requerido por la normativa europea y española.

Criterio jurisprudencial mantenido por el Tribunal Supremo, sin perjuicio de que se hayan planteado algunas cuestiones posteriores debatiendo —o, más bien, poniendo en duda—, si los noventa días exigidos deben ser sucesivos o consecutivos. Y, en efecto, el Tribunal Supremo considera que dichos períodos deben ser sucesivos o consecutivos.

6. REFLEXIONES JURÍDICAS

En la teoría del despido, el órgano jurisdiccional se enfrenta a un verdadero conflicto sobre intereses, camuflado sobre el ropaje de términos reconducibles hacia la amplia y etérea categoría de los conceptos jurídicos indeterminados, realizando funciones arbitrales más que estrictamente jurisdiccionales —actuaciones muy alejadas del propio ámbito natural de la jurisdicción—⁴⁵. El juez laboral se ha visto exigido a ocuparse de una función de componedor y árbitro que considerando datos extrajurídicos ha de resolver auténticos conflictos de intereses, en vez de desarrollar su función tradicional de intérprete y aplicador de una norma preexistente⁴⁶. En otros términos, y dada la indefinición subyacente a las nociones jurídicas utilizadas en la noción causal, el operador jurídico actuará más como componedor de intereses de relevancia jurídica que —propiamente— como aplicador de las normas⁴⁷.

El tronco común del despido presenta una evidente textura abierta⁴⁸, ya que, cuando se utilizan reglas generales pueden surgir dudas sobre el posible encaje de tales situaciones en el elemento causal⁴⁹. Surgen dudas interpretativas y aplicativas y, si han de resolverse dudas, quienquiera que sea el encargado —en este caso, el juez u operador jurídico— tendrá que proporcionar una solución sustentándose en un acto de la naturaleza de una elección entre alternativas abiertas⁵⁰. En suma, las leyes se estructuran de manera que, en todas las ramas del derecho, el operador jurídico no puede

45 Monereo Pérez, J. L. y Fernández Avilés, J. A., "La reconfiguración causal del despido colectivo: algunas reflexiones críticas", en Castiñeira Fernández, J. et al, *Presente y futuro de la Regulación del Despido*, Navarra, Aranzadi, 1997, pág. 172.

46 Borrajo Dacruz, E., "Experiencia catalana: predeterminación por pacto colectivo de empresa de las causas económicas y de producción en los despidos colectivos y plurales", en *Actualidad Laboral suplemento*, núm. 17, 1996, págs. 383 y ss.

47 Monereo Pérez, J. L., *El despido colectivo y sus elementos configuradores tras las recientes reformas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pág. 37.

48 Hart, H. L. A., *El concepto de Derecho*, México, Editorial Nacional, 1980, págs. 155 y ss.

49 Monereo Pérez, J. L. y Fernández Avilés, J. A., *El Despido Colectivo en el Derecho Español: estudio de su Régimen Jurídico*, Pamplona, Aranzadi, 1997, pág. 266.

50 Hart, H. L. A., *El concepto de Derecho*, México, Editorial Nacional, 1980, pág. 157.

ACERCA DE LAS ÚLTIMAS TRANSFORMACIONES Y REFORMAS QUE AFECTAN AL DESPIDO COLECTIVO

encontrar y fundamentar sus decisiones mediante sometimiento a conceptos jurídicos fijos cuyo contenido puede ser desarrollado a través de la interpretación, sino que están llamados a formular valoraciones y, de esta manera, a decidir o actuar como si fueran legisladores⁵¹.

Cuando los conceptos normativos carecen de claridad en la determinación jurídica⁵²—aun cuando se examina el bloque jurídico en su totalidad— la aplicación de los mismos requiere de un desarrollo que integre, en el razonamiento del operador jurídico, máximas de experiencias o reglas de orden que vayan más allá de lo jurídico con los pertinentes problemas de inseguridad y duda que al operador se le plantean en la fase de interpretación normativa, donde son admisibles opciones diversas—discrecionalidad de elección en la extracción de las interpretaciones jurídicas⁵³—, incerteza que aumenta a medida que avanzamos hacia el núcleo del concepto—en términos de aplicación al caso— denominado halo conceptual⁵⁴. De acuerdo con esta doctrina⁵⁵, un concepto jurídico indeterminado se encuentra compuesto por un núcleo de los conceptos⁵⁶ y su halo⁵⁷. El núcleo delimita un ámbito de absoluta certeza sobre la significación del concepto—ampliación de la seguridad jurídica—. El halo marca la zona de incertidumbre que existe en cualquier concepto jurídico, más amplia en el caso de los conceptos jurídicos indeterminados⁵⁸. Sintetizando, en los conceptos indeterminados existirá duda—inseguridad jurídica— que permitirá incluir y excluir con certeza determinados supuestos, pero respecto de otros supuestos, las dudas no harán posible afirmar de forma tajante si quedan comprendidos o no dentro del concepto—lo que caería en el *Begriffshof* o halo del concepto—. Lo anterior genera una potencial inseguridad jurídica ante la que se reclama mayor objetivación interpretativa de tales conceptos imprescindible para las continuas necesidades de justicia—igualdad de tratamiento en casos similares, certidumbre y previsibilidad jurídica⁵⁹—. Se hace necesario, por tanto, un complemento interpretativo que solidifique la norma general en específicas

51 Engisch, K., *Introducción al pensamiento jurídico*, Madrid, Guadarrama, 1967, pág. 153.

52 Ortega Lozano, P. G., *El despido disciplinario*, tesis doctoral dirigida por José Luis Monereo Pérez, Universidad de Granada, 2018, *passim*. Ortega Lozano, P. G., "El despido colectivo en el ordenamiento interno y comunitario. Interpretación valorativa y discrecional en el juicio de razonabilidad: los conceptos jurídicos indeterminados", en *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 7, 2017, págs. 587-608.

53 Como brillantemente señala Hart, H. L. A., *El concepto de Derecho*, México, Editorial Nacional, 1980, pág. 169: en todo sistema jurídico hay un importante y amplio campo abierto al ejercicio de la discreción de los tribunales—también incluye a los funcionarios— quienes la ejercen fijando el contenido de criterios o pautas inicialmente vagos, resolviendo las incertidumbres de las leyes, o desarrollando y acondicionando las reglas que sólo han sido comunicadas de forma muy general por los precedentes revestidos de autoridad.

54 Expresión de HECK. Vid. Monereo Pérez, J. L. y Fernández Avilés, J. A., *El Despido Colectivo en el Derecho Español: estudio de su Régimen Jurídico*, Pamplona, Aranzadi, 1997, pág. 267.

55 Derivada del Derecho Alemán.

56 El denominado *Begriffskern*.

57 El denominado *Begriffshof*.

58 Muñoz Machado, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público en General*, Madrid, Civitas, 2004, pág. 532.

59 Galgano, F., *El negocio jurídico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992, págs. 455 y ss.

ACERCA DE LAS ÚLTIMAS TRANSFORMACIONES Y REFORMAS QUE AFECTAN AL DESPIDO COLECTIVO

reglas de conducta que desarrollen el contenido abstracto de la ley⁶⁰, incrementando la certeza en una materia en el que las situaciones han venido siendo evaluadas de forma diferente en función de los sectores, momentos y circunstancias del supuesto concreto⁶¹.

Si por actos de contenido discrecional aceptamos aquella definición que los concibe como contenido necesario imprecisamente fijado en la norma que, a su vez, utiliza conceptos indeterminados⁶², es lógico plantearse la existencia de un cierto margen de discrecionalidad —o, con más rigor, de apreciación⁶³—. La existencia de imprecisión en el concepto jurídico indeterminado permite al juez u operador jurídico actuar con cierto margen de discrecionalidad interpretativa, en tanto que no existe solo una única posibilidad de solventar el problema o una única respuesta correcta: en otros términos, una solución que no sea una simple explicación razonable entre los diversos intereses en conflicto a la luz de los fines fijados por el marco normativo legal de cierta maleabilidad, lo que hace que aparezca, en el razonamiento aplicativo judicial, elementos de discrecionalidad⁶⁴. La valoración, necesariamente, ha de desarrollarse respetando la especificación de los hechos y de la norma jurídica aplicable al caso concreto, y ésta —en referencia a la valoración judicial— se realiza por ser componente intrínseco que impregna el proceso interpretativo jurídico: especialmente, cuando el propio instrumento jurídico aplicable al concreto caso remite a un juicio de adecuada razonabilidad⁶⁵. Se hace evidente que la norma es insuficiente y que necesita ser completada con datos o elementos fácticos de naturaleza metajurídica —de nuevo, dando un paso más allá de lo jurídico— por ser los mismos necesarios para la resolución del caso⁶⁶.

En suma, la imprecisión de los conceptos provoca que el intérprete y aplicador de una norma jurídica desarrolle una función de componedor y árbitro⁶⁷ que, considerando y evaluando datos extrajurídicos⁶⁸, ha de resolver auténticos conflictos de intereses⁶⁹, sustentándose siempre en derecho;

60 Kahn-Freund, O., *Selected Writings*, Londres, Stevens & Sons, 1978, pág. 56.

61 Montalvo Correa, J., "Delimitación jurídica del supuesto de despido colectivo", en De la Villa Gil, L. E. (Coord.) et al, *Reforma de la legislación laboral: estudios dedicados al profesor Manuel Alonso García*, Madrid, Marcial Pons: Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 1995, pág. 322.

62 García-Trevijano Fos, J. A., *Los actos administrativos*, Madrid, Civitas, 1991, pág. 144.

63 Vid. al respecto Betti, E., *Teoría de la interpretación jurídica*, traducción de Vergara Blanco, A., Santiago, Universidad Católica de Chile, 2015, *passim*.

64 Monereo Pérez, J. L. y Fernández Avilés, J. A., *El Despido Colectivo en el Derecho Español: estudio de su Régimen Jurídico*, Pamplona, Aranzadi, 1997, pág. 269.

65 Monereo Pérez, J. L. y Fernández Avilés, J. A., "La reconfiguración causal del despido colectivo: algunas reflexiones críticas", en Castiñeira Fernández, J. et al. *Presente y futuro de la Regulación del Despido*, Navarra, Aranzadi, 1997, pág. 181.

66 Ortega Lozano, P. G., *Las consecuencias jurídicas del despido: procedencia, improcedencia y nulidad*, Murcia, Laborum, 2018, *passim*.

67 Cruz Villalón, J., *Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, Madrid, Ministerio De Trabajo y Seguridad Social, 1983, págs. 262 y ss. Un interesante estudio puede consultarse en Cruz Villalón, J., "Los cambios en materia de extinciones individuales en la reforma laboral de 2012", en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 23-24, 2012, págs. 121 y ss.

68 Vid. Monereo Pérez, J. L. y Fernández Avilés, J. A., *El Despido Colectivo en el Derecho Español: estudio de su Régimen Jurídico*, Pamplona, Aranzadi, 1997, pág. 271.

69 Monereo Pérez, J. L., *Los despidos colectivos en el ordenamiento interno y comunitario*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1994, pág. 26.

en otros términos, el contenido de la norma obliga al operador jurídico a introducirse en el conflicto de interés subyacente al caso concreto con objeto de constituir su fundamentación jurídica en el sentido de la norma⁷⁰.

7. BIBLIOGRAFÍA

Baylos Grau, A., "Estabilidad en el empleo público y reforma laboral", Blog *Según Antonio Baylos*, diciembre de 2021.

Baylos Grau, A., "Reformas en el procedimiento de despido colectivo (RD 608/2023) y período electoral", Blog *Según Antonio Baylos*, julio 2023.

Beltrán de Heredia Ruiz, I., "RD Ley 32/2021 y derogación de la DA 16ª ET: ¿Las Administraciones Públicas pueden despedir por la vía de los arts. 51 y 52.c) ET?", Blog *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, enero 2022.

Beltrán de Heredia Ruiz, I., "Despido colectivo, cómputo del período de 90 días y la regla del compás (y, ¿el fin de la caducidad de 20 días?): a propósito de la STJUE 11/11/20 (C-300/19), Marclean Technologies", Blog *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, noviembre de 2020.

Betti, E., *Teoría de la interpretación jurídica*, traducción de Vergara Blanco, A., Santiago, Universidad Católica de Chile, 2015.

Borrajo Dacruz, E., "Experiencia catalana: predeterminación por pacto colectivo de empresa de las causas económicas y de producción en los despidos colectivos y plurales", *Actualidad Laboral suplemento*, núm. 17, 1996.

Cristóbal Roncero, R., "La Reforma Laboral, a examen", *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 867, 2013.

Cruz Villalón, J., *Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, Madrid, Ministerio De Trabajo y Seguridad Social, 1983.

Cruz Villalón, J., "Los cambios en materia de extinciones individuales en la reforma laboral de 2012", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 23-24, 2012.

Engisch, K., *Introducción al pensamiento jurídico*, Madrid, Guadarrama, 1967.

Fabregat Monfort, G., "Sobre el preaviso de seis meses en despidos colectivos", *Observatorio de Recursos Humanos*, agosto, 2023.

Galgano, F., *El negocio jurídico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992.

García-Trevijano Fos, J. A., *Los actos administrativos*, Madrid, Civitas, 1991.

Gil Alburquerque, R., "Despido con causa en enfermedad temporal y discriminación", en AA.VV., *La obra jurídica de Aurelio Desdentado Bonete*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2021.

⁷⁰ Monereo Pérez, J. L. y Fernández Avilés, J. A., "La reconfiguración causal del despido colectivo: algunas reflexiones críticas", en Castiñeira Fernández, J. et al, *Presente y futuro de la Regulación del Despido*, Navarra, Aranzadi, 1997, pág. 183.

ACERCA DE LAS ÚLTIMAS TRANSFORMACIONES Y REFORMAS QUE AFECTAN AL DESPIDO COLECTIVO

- Goerlich Peset, J. M^a., "La nueva regulación del informe de la Inspección de Trabajo en los despidos colectivos: apuntes críticos", *El Foro de Labos*, 2023.
- Guindo Morales, S., "Los efectos jurídicos de la extinción del contrato de trabajo por circunstancias objetivas en el terreno de la seguridad social", en AA.VV. (Barrios Baudor, G. L. y Rodríguez Iniesta, G., Dirs. et al), *Derecho vivo de la Seguridad Social*, Murcia, Laborum, 2019.
- Guzmán, M^a. E. y Rodríguez-Piñero, M., "La reforma laboral (III): el empleo público", en *PWC. Periscopio: Fiscal y Legal*, enero de 2022.
- Hart, H. L. A., *El concepto de Derecho*, México, Editorial Nacional, 1980.
- Kahn-Freund, O., *Selected Writings*, Londres, Stevens & Sons, 1978.
- López Cumbre, L., "El «control» de los despidos colectivos por la inspección de trabajo y seguridad social", *GA_P*, 2023.
- Martínez Pérez, E., "Se refuerza el papel de la Inspección de Trabajo en los despidos colectivos", *KPMG Tendencias*, 2023.
- Memento Práctico Francis Lefebvre, *Despido. Y otras formas de extinción del contrato de trabajo 2022-2023*, Madrid, 2021.
- Monereo Pérez, J. L., *Los despidos colectivos en el ordenamiento interno y comunitario*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1994.
- Monereo Pérez, J. L., *El despido colectivo y sus elementos configuradores tras las recientes reformas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
- Monereo Pérez, J. L. y Fernández Avilés, J. A., *El Despido Colectivo en el Derecho Español: estudio de su Régimen Jurídico*, Pamplona, Aranzadi, 1997.
- Monereo Pérez, J. L. y Fernández Avilés, J. A., "La reconfiguración causal del despido colectivo: algunas reflexiones críticas", en AA.VV. (Castiñeira Fernández, J. et al), *Presente y futuro de la Regulación del Despido*, Navarra, Aranzadi, 1997.
- Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P. G., "Despido colectivo y Derecho Social Comunitario: La reinterpretación en el método del cómputo del factor temporal de los despidos colectivos: criterio amplio a través del período continuo anterior/posterior", *La Ley Unión Europea*, núm. 89, 2021.
- Montalvo Correa, J., "Delimitación jurídica del supuesto de despido colectivo", en AA.VV. (De la Villa Gil, L.E., Coord. et al), *Reforma de la legislación laboral: estudios dedicados al profesor Manuel Alonso García*, Madrid, Marcial Pons: Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 1995.
- Montoya Melgar, A., *Derecho del Trabajo*, Madrid, 1981, 4^o ed.
- Muñoz Machado, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público en General*, Madrid, Civitas, 2004.
- Ortega Lozano, P. G., "El despido colectivo en el ordenamiento interno y comunitario. Interpretación valorativa y discrecional en el juicio de razonabilidad: los conceptos jurídicos indeterminados", *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 7, 2017.
- Ortega Lozano, P. G., *El despido disciplinario*, tesis doctoral dirigida por José Luis Monereo Pérez, Universidad de Granada, 2018.
- Ortega Lozano, P. G., *Las consecuencias jurídicas del despido: procedencia, improcedencia y nulidad*, Murcia, Laborum, 2018.

ACERCA DE LAS ÚLTIMAS TRANSFORMACIONES Y REFORMAS QUE AFECTAN AL DESPIDO COLECTIVO

Pérez Campos, A. I., "La labor creadora de derecho del TJUE en la configuración de los despidos colectivos", *Anuario jurídico y económico escorialense*, núm. 55, 2022.

Pérez Capitán, L., "Última jurisprudencia del tribunal supremo sobre despidos colectivos. Una exposición crítica", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 467, 2022.

Rojo Torrecilla, E., "Despidos colectivos. Computo bidireccional de los 90 días: ni hacia atrás, ni hacia delante, sino ambos. Examen del litigio que ha dado lugar a la sentencia del TJUE de 11 de noviembre de 2020 (asunto C-300/19)", en el Blog *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, noviembre de 2020.

Sacristán Enciso, J. I., "Los Inspectores de Trabajo y el despido colectivo: mucho ruido y pocas nueces", *El Mundo*, 2023.

Terradillos Ormaetxea, E., "El alcance del análisis por parte de la Inspección de Trabajo de la concurrencia de las causas empresariales en los despidos colectivos tras la Ley 3/2023, de Empleo", *Briefs AEDTSS*, 21, 2023.

Todoí Signes, A., "Las AAPP siguen pudiendo despedir por causas objetivas a pesar de la reforma laboral de 2021 que derogó la DA 16 ET (STSJ Extremadura 29/03/2023)", Blog *Argumentos en Derecho Laboral*, septiembre, 2023.

Vila Tierno, F., "Tiempo de reformas ¿o no?", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 2, 2021.

Vila Tierno, F., *Cuestiones actuales en materia de negociación colectiva. Al hilo de la reforma laboral del RDL 32/2021, de 28 de diciembre*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2022.

Vila Tierno, F., "El cómputo del factor temporal. La nueva doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", en AA.VV. (Ortega Lozano, P. G. y Guindo Morales, S. (Dirs.) et al), *Viabilidad de las empresas, mantenimiento del empleo y medidas de flexibilidad externa en la reestructuración empresarial*, Granada, Comares, 2022.

Vila Tierno, F. y Montes Adalid, G. M^a., "Cómputo bidireccional del número de trabajadores afectados en supuestos de extinción. A propósito de la sentencia del TJUE de 11 de noviembre de 2020", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 58, 2021.

LA INTERMEDIACION LABORAL COMO ELEMENTO CENTRAL DE LA POLÍTICA ACTIVA DE EMPLEO EN EL CONTEXTO DE LA MOVILIDAD INTERNACIONAL DE TRABAJADORES*

LABOUR INTERMEDIATION AS A CENTRAL ELEMENT OF ACTIVE EMPLOYMENT POLICY IN THE CONTEXT OF INTERNATIONAL LABOUR MOBILITY

Macarena Ángel Quiroga

*Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid*

macangel@ucm.es ORCID [0000-0001-7228-1970](https://orcid.org/0000-0001-7228-1970)

Recepción de trabajo: 21-01-2024 - Aceptación: 16-02-2024 - Publicado: 22-03-2024

Páginas: 169-191

■ 1. INTRODUCCIÓN. ■ 2. LA NUEVA LEY DE EMPLEO. ■ 3. LA INTERMEDIACIÓN LABORAL Y LA PROSPECCIÓN DEL MERCADO DE TRABAJO. ■ 4. LA MOVILIDAD INTERNACIONAL DE TRABAJADORES A LA ALTURA DEL SIGLO XXI. ■ 5. LA MOVILIDAD EN EL ESPACIO EUROPEO. ■ 5.1. El derecho a la libre circulación de trabajadores en la Unión Europea. ■ 5.2. El concepto de trabajador comunitario en relación con la libertad de circulación. ■ 5.3. La asistencia social a los ciudadanos de la Unión: los trabajadores económicamente inactivos. ■ 6. LA INTERMEDIACIÓN LABORAL EN EL ESPACIO EUROPEO: LA RED EURES. ■ 6.1. Coyuntura actual de la movilidad en Europa: crisis y trabajo digital. ■ 6.2. Características y funciones de la Red EURES. ■ 7. BREVE REFLEXIÓN FINAL. ■ 8. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

* Este artículo tiene como origen la comunicación enviada al XXXIII Congreso de la AEDTSS titulada: "Empleo, intermediación y movilidad actual de trabajadores en la Unión Europea: la red EURES".

RESUMEN

El presente trabajo aborda, de un lado, los cambios que ha sufrido la actividad de intermediación laboral en la nueva Ley de Empleo, esto es, la Ley 3/2023, de 28 de febrero. Dicha norma ha venido a cumplir con el compromiso asumido en el Componente 23 del marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, y a reformar el mercado laboral español con el fin de actualizarlo a las necesidades presentes, especialmente aquellas derivadas de la todavía reciente crisis sufrida como consecuencia de la pandemia de Covid-19 y el auge de la digitalización en el trabajo. La cuestión esencial se centra en el papel de la intermediación laboral ahora como política activa de empleo y en la tarea de prospección que se le encomienda. Por otra parte, se analiza también la movilidad de trabajadores producida en los últimos años (fruto, en muchos casos, de las circunstancias arriba indicadas) y de la colaboración entre España y Europa en materia de intermediación laboral a través de la Red EURES, y en el posible uso de esta red como mecanismo de prospección en el mercado laboral europeo a imagen de lo establecido en el ordenamiento jurídico español.

PALABRAS CLAVE: intermediación laboral, Ley de Empleo, Red EURES, prospección, Unión Europea, libre circulación de trabajadores.

ABSTRACT

This paper addresses, on the one hand, the changes that the activity of labour intermediation has undergone in the new Employment Law, i.e. Law 3/2023 of 28 February. This law has come to fulfil the commitment made in Component 23 of the framework of the Recovery, Transformation and Resilience Plan, and to reform the Spanish labour market in order to update it to current needs, especially those arising from the still recent crisis suffered as a result of the Covid-19 pandemic and the rise of digitalisation in the workplace. The essential question focuses on the role of labour intermediation now as an active employment policy and on the task of prospecting entrusted to it. On the other hand, it also analyses the mobility of workers in recent years (in many cases the result of the circumstances mentioned above) and the collaboration between Spain and Europe in the area of labour mediation through the EURES Network, and the possible use of this network as a mechanism for prospecting in the European labour market in accordance with the provisions of the Spanish legal system.

KEYWORDS: labour intermediation, Employment law, EURES, prospection, European Union, free movement of workers.

1. INTRODUCCIÓN

En un contexto de migraciones de personas en general y trabajadores en particular, derivado de en unos casos de la guerra y las catástrofes medioambientales, y en otros de la búsqueda activa de empleo por falta de oferta en el país de origen, sumado al indiscutible impacto que la digitalización ha tenido a escala global en el empleo, hacen que las políticas activas de empleo de carácter interno se muestran como una herramienta indispensable para regular esta afluencia de demanda a la oferta de empleo.

Tras la crisis de la pandemia derivada del Covid-19 y el estallido de la guerra en Ucrania, nuestro legislador se vio obligado a desarrollar una normativa nueva en materia de empleo cuyo objetivo se centrara en la reforma del mercado laboral español para adecuarlo a la realidad y necesidades actuales y de manera que permita corregir las debilidades estructurales. Así lo recoge la Exposición de Motivos de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, que viene a reformar la anterior norma (Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre) que refundía los anteriores textos normativos dictados en un contexto muy diferente al existente actualmente.

Dentro de las novedades introducidas por la norma, nos interesa especialmente la actividad de intermediación, en concreto, su integración en las políticas activas de empleo y el carácter transversal que le ha otorgado la norma, al recoger entre sus posibles actuaciones la prospección, como actividad consistente en el análisis de datos presentes para predecir posibles futuros en materia, no sólo de concordancia entre oferta y demanda de empleo, sino posibles necesidades de reconversión de sectores, empresas o empleos.

Esta nueva transversalidad de la intermediación puede ser aplicada del mismo modo para el contexto migratorio comentado sobre estas líneas, especialmente a través de la Red EURES (EUROpean Employment Services), que puede ofrecer gran cantidad de datos, no sólo en relación con la oferta y la demanda de empleo, sino, también, en relación con el futuro del mercado laboral.

2. LA NUEVA LEY DE EMPLEO

Es por todos conocidos que el Derecho del Empleo surge como un conjunto de instituciones y normas especializadas dentro del Derecho del Trabajo, debido a la preocupación por los estadios previos a la contratación laboral, es decir, la preparación o facilitación de la misma.

Las sucesivas normas en materia de empleo desarrolladas en nuestro país han ido modificando las definiciones y la ubicación de los principales conceptos que integran esta especialidad del Derecho del Empleo que se integra en la rama del Derecho del Trabajo. Así, en un inicio, el fomento del empleo era el núcleo central de la ley, y en él se incluían todas las políticas y actividades previstas, incluso la protección por desempleo. Más adelante, se disgregaron las políticas de empleo en activas y pasivas (referidas las primeras, al fomento y al mantenimiento del empleo, precisamente, y las segundas al desempleo) y se comenzó a prestar más atención a la figura de la intermediación.

La Ley 3/2023, de 28 de febrero, ha venido a cumplir con el compromiso asumido en el Componente 23 del marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, titulado “Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo”, encuadrado en el área política VIII “Nueva economía de los cuidados y políticas de empleo”, cuyo reto y objetivo es “impulsar, en el marco del diálogo social, la reforma del mercado laboral español para adecuarlo a la realidad y necesidades actuales y 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 eficacia y 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 las personas trabajadoras en las áreas que demandan las transformaciones que requiere nuestra economía”.

Dentro de las reformas e inversiones propuestas en el mencionado componente se incluye la Reforma 5 “Modernización de políticas activas de empleo”, que son las que nos interesan especialmente. Las políticas activas de empleo se recogen en el artículo 31 y se contemplan como un conjunto de servicios y programas de orientación, intermediación, empleo, formación en el trabajo y asesoramiento para el autoempleo y el emprendimiento. Todos estos programas están dirigidos 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.

A pesar de ser una norma que ha sufrido unas cuantas críticas, como la necesidad de un mayor diálogo social o la falta de un abordaje íntegro de todas las políticas activas de empleo, lo cierto es que la intermediación se ha convertido en el elemento central de la ley, y es ésta la política sobre la que vamos a centrarnos.

3. LA INTERMEDIACIÓN LABORAL Y LA PROSPECCIÓN DEL MERCADO DE TRABAJO

La intermediación es un componente fundamental del Derecho del Empleo, que trata de resolver la muchas veces usual falta de conexión entre demandantes y oferentes de empleo. Tradicionalmente definida como “conjunto de acciones que tienen por objeto poner en contacto las ofertas de trabajo con los trabajadores que buscan un empleo, para su colocación”¹.

La nueva Ley de Empleo ubica la intermediación laboral dentro de las políticas activas de empleo recogidas en el artículo 31 de la norma, al contrario de lo que sucedía en las anteriores leyes, en las que, dentro de los instrumentos de políticas de empleo, se distinguía entre las políticas activas de

¹ Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo.

empleo, la coordinación de políticas activas y pasivas y la intermediación como algo aparte. El legislador ha dedicado todo su Capítulo III a desarrollar la intermediación, dentro del Título III relativo a las políticas activas de empleo; no obstante, el resto de las políticas activas de empleo no han sido abordadas, por lo que resulta difícil elaborar un catálogo de políticas activas de empleo en nuestro país.

Tal y como recogen los actuales artículos 3.c) y 40 de la Ley de Empleo, la intermediación laboral se define 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 trabajadoras más apropiadas a sus requerimientos y necesidades desde un enfoque integral. Dentro de las actuaciones propias de la intermediación laboral, la norma hace mención específica a determinadas actividades. Así: “a) actividades de prospección y captación de ofertas de empleo; b) puesta en contacto de ofertas de trabajo con personas que buscan un empleo, para su colocación o recolocación; c) 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; d) puesta a disposición de la persona solicitante de empleo, especialmente si se encuentra entre los colectivos de atención prioritaria del artículo 50, el 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”. Por otra parte, la ley distingue entre colocación ordinaria y colocación especializada, que es aquella actividad destinada a la recolocación de las personas trabajadoras o desempleadas que resultaran afectadas en procesos de reestructuración empresarial. En cualquier caso, ambas son consideradas por la ley como actividad de intermediación.

De estas actividades, podemos observar, respecto de las normas anteriores, que se añade una nueva que nos parece especialmente relevante, la prospección de ofertas de empleo. La norma no define qué se entiende por prospección; no obstante, según la definición ofrecida por la RAE², se trata de la “exploración de posibilidades futuras basada en indicios presentes”. Respecto del empleo, en concreto, la OIT y CINTERFOR realizan una serie de estudios prospectivos y explican que la prospectiva “analiza las necesidades de formación para asegurar su adecuación con el empleo; se basa en la observación del mercado laboral, la identificación de tendencias tecnológicas, organizacionales y ocupacionales y sus impactos en las estrategias y programas de formación profesional”. De esta forma, entendemos que la prospectiva de empleo a la recogida por la ley se refiere al análisis de datos para ajustar oferta y demanda de empleo; así, toma como referencia sectores, actividades económicas, ocupaciones, y estudia las perspectivas de empleo y las necesidades futuras en el mercado de trabajo.

En este sentido, la prospectiva no sólo se menciona en este precepto, sino también en el artículo 4.f) en relación con la adecuación de la oferta y demanda de empleo, el artículo 4.l) sobre el fomento de iniciativas de emprendimiento y economía social, 4.ñ) en relación con las necesidades del tejido productivo, y 9.2.c) en relación con las necesidades formativas del sistema productivo. Por tanto, en la línea con lo mencionado en el párrafo anterior, la prospectiva excede de los límites de la intermediación laboral (que es fundamental para predecir qué empleos van a ser necesarios y cuáles

2 Diccionario de la Real Academia Española, 2023.

pueden no ofrecer apenas vacantes) y analiza posibles crisis en determinados sectores, reconversiones y necesidades de formación en el futuro³.

La actividad de prospección se contempla también en otras normas en relación con actividades diferentes a la intermediación, como en el RD 1069/2021, de 4 de diciembre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024. En ésta, se prevé adaptar las políticas activas de empleo, desarrollando un marco común de referencia para el servicio de Orientación y de Prospección, impulsando la gestión por competencias en los servicios y programas de empleo y formación. Asimismo, encarga al SEPE la elaboración anual del “informe de prospección y detección de necesidades formativas”, y tiene como objetivo fortalecer los mecanismos de prospección y conocimiento anticipado de evolución de los sectores y sus necesidades y de orientación en la formación.

Entendemos, por tanto, que la norma, al haber incluido la intermediación dentro de las políticas activas de empleo, la ha concebido, gracias especialmente a la actividad de prospección, como una actividad transversal. De esta forma, la actuación prospectiva no sólo debe utilizarse con fines a la intermediación, sino también al estudio de los mercados de trabajo, los procesos de reconversión y las necesidades de formación de los trabajadores.

Por último, cabe comentar lo previsto en la norma respecto de los agentes encargados y autorizados para llevar a cabo actividades de intermediación. La intermediación laboral se ha visto tradicionalmente orientada a ser llevada a cabo por los servicios públicos, tanto en nuestro país como en los convenios internacionales. Estos convenios, de hecho, lo que realmente promueven es que la actividad sea llevada a cabo de forma gratuita y no lucrativa. En este sentido se pronuncia el Convenio núm.2 de la OIT (1919), que reconoce las “agencias gratuitas, públicas y privadas”, el Convenio núm.34 (1933) prevé la supresión de las agencias retribuidas de colocación con fines lucrativos, de la misma manera que lo hará años más tarde el Convenio núm.96 (1949), aun permitiendo las agencias privadas lucrativas si se sometían a las normas establecidas en ellos. Finalmente, son admitidas las agencias de intermediación públicas y privadas sin reservas en el Convenio núm.181 (1997).

La Ley 56/2003 establecía como retos a la política de empleo tendente al pleno empleo la apertura a los agentes privados de los servicios de información, orientación e intermediación. Posteriormente, el artículo 33 del Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo, definía como agencias de colocación aquellas entidades públicas o privadas, con o sin ánimo de lucro, que realizasen actividades de intermediación laboral.

Actualmente, pueden dedicarse a la intermediación laboral tanto los servicios públicos de empleo como las agencias de colocación; no obstante, es muy destacable la reforma llevada a cabo por la norma respecto de la colaboración en materia de intermediación de los servicios públicos y los privados. Así, establece en primer lugar la norma que, con independencia del agente que la realice, la intermediación laboral tiene la consideración de servicio de carácter público, según el artículo 42.1 de la ley. Por otra parte, regula de manera minuciosa las agencias de colocación, respecto de las que establece una serie

3 Pérez del Prado, D., La Ley 3/2023 de empleo. Principales novedades, *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol.4, 2023, pág. 92.

de obligaciones que deben cumplir y se encuentran sometidas a seguimiento y evaluación por parte de los servicios de empleo en su respectivo territorio (artículo 42.7), y trata de fortalecer los medios del Sistema Nacional de Empleo. A este respecto, parece que la norma trata de elaborar un sistema de colaboración público-privado lo suficientemente dimensionado y solvente, de manera semejante a países de nuestro entorno⁴. La existencia de un Estados y ordenamientos jurídicos en el contexto laboral.

4. LA MOVILIDAD INTERNACIONAL DE TRABAJADORES A LA ALTURA DEL SIGLO XXI

La existencia de un elemento de extranjería en las relaciones laborales se encuentra a la orden del día, ya sea por la nacionalidad del trabajador, la sede de la empresa, o el lugar de celebración del contrato. A pesar de que la migración de personas y, por tanto, de trabajadores, ha sido una constante en el tiempo, las facilidades existentes hoy en día para la movilidad, la comunicación y la globalización, han potenciado estas vicisitudes en las relaciones entre diferentes Estados y ordenamientos jurídicos en el contexto laboral.

La movilidad de los seres humanos a lo largo y ancho del planeta se ha producido de manera continuada durante la historia. Diferentes razones han justificado estos movimientos, muchos de los cuales se repiten hoy en día. La guerra, el hambre y las catástrofes medioambientales siguen provocando que millones de personas abandonen sus hogares y crucen fronteras a otros países del mundo en busca de seguridad, trabajo y un futuro mejor. Recientemente, la invasión de Ucrania por parte de Rusia ha provocado que más de ocho millones de ucranianos se encuentren refugiados en distintos países de Europa⁵. Por otra parte, la actual inestabilidad económica y política de determinados Estados (por ejemplo, en el caso de las personas que emigran de Venezuela) y las consecuencias del cambio climático (países como Mozambique, Filipinas, la India o el más de medio millón de desplazados por el ciclón en Malawi⁶) han provocado millones de desplazamientos⁷. No obstante, no puede perderse de vista que, recientemente, otra circunstancia mundial ha restringido por completo los movimientos de personas: la pandemia del Covid-19. En este sentido, no solo coyunturas que escapan de la voluntad humana promueven las migraciones, sino que otras pueden paralizarlas por completo.

4 Al respecto, Fernández Prol, F., "La intermediación en la nueva Ley de Empleo"; Briefs, AEDTSS, 14, 2023.

5 A fecha 20 de marzo de 2023, más de un año después del inicio de la guerra, 8.157.230 de ucranianos son refugiados en Europa. Esta información ha sido proporcionada por ACNUR y puede consultarse en: <https://data.unhcr.org/es/situations/ukraine>

6 El ciclón tropical Freddy ha provocado del desplazamiento de 508.250 personas, tras su paso en febrero del pasado año 2023 por Mozambique y Madagascar. El cambio climático ha producido un promedio anual estimado de 21,6 millones de desplazamientos internos hasta 2021, y está impulsando cada vez más la migración y el desplazamiento en todas las regiones del mundo. Consultar en: <https://www.iom.int/es/news/medio-millon-de-personas-desplazadas-en-malawi-por-el-ciclon-las-necesidades-humanitarias-en-aumento>

7 OIM, Informe sobre las migraciones en el mundo, 2022.

La globalización junto con la expansión de internet en la gran mayoría de los países del mundo, han permitido acortar distancias y aproximar culturas (aunque no por ello se hayan reducido los sentimientos de desconfianza, el racismo y las posturas antiinmigratorias), facilitando las posibilidades de los trabajadores de buscar y encontrar empleos que se ajusten a sus expectativas en empresas de Estados distintos, mejorando la comunicación y conexión entre futuros empleadores y empleados, y entre ambos con las agencias de intermediación, nacionales e internacionales.

En este orden de cosas, podemos diferenciar distintas causas que favorecen la migración de trabajadores o de personas en búsqueda de empleo, que podemos agrupar en dos grandes bloques. El primero de ellos, se encuentra formado por personas que huyen de situaciones de extrema necesidad, violencia, conflicto, inestabilidad política o catástrofe natural a otros países en busca de un mejor porvenir que el que puede ofrecerles su país de origen. A pesar de que muchos de los países limítrofes son receptores de estas personas desplazadas, lo cierto es que, en la mayoría de los casos, estos migrantes tratan de acceder a países de la Unión Europea (UE) por su legislación en materia de inmigración y la protección que proporciona a las personas y trabajadores migrantes⁸. La llegada masiva de inmigrantes en las últimas décadas como consecuencia de este tipo de situaciones ha provocado que la UE se haya encontrado en la necesidad de adaptar su legislación a las circunstancias emergentes en materia de libertad de circulación e inmigración. así, todos estos movimientos migratorios han supuesto problemas de asistencia social que han debido ser abordados por los tribunales.

En el segundo bloque se integrarían aquellas personas que, sin tener que huir o abandonar su país de origen por alguna de las circunstancias comentadas sobre estas líneas, buscan empleo en otro Estado, bien por no encontrar en su país o bien por buscar condiciones que se ajusten mejor a sus expectativas. Sobre esta situación, la influencia del uso de internet junto con la creación de redes sociales vinculadas a la búsqueda de empleo y reclutamiento de plantilla, han sido decisivas para favorecer el contacto entre empresas y trabajadores de diferentes nacionalidades, permitiendo a ambas partes encontrar al trabajador o el puesto de trabajo idóneos para cubrir sus necesidades. En relación con este concreto supuesto pueden plantearse numerosas cuestiones en materia de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de legislación aplicable a los trabajadores. No obstante, de todas ellas podemos destacar aquella que resulta de rabiosa actualidad, esto es, la problemática que plantea la inexistencia de una definición común de trabajador asalariado en los países de la UE en materia de plataformas digitales.

En ambos casos, tanto en los supuestos del primer bloque enunciados, como en los del segundo bloque, no puede perderse de vista que las agencias y redes de intermediación resultan de gran ayuda para proporcionar trabajo a las personas migrantes. Estas agencias pueden ser privadas o puede tratarse de redes públicas, como la Red EURES, cuya labor puede resultar fundamental frente a los movimientos migratorios que se están produciendo en la actualidad en el seno de la UE. Así,

8 Como bien afirma Harari, "los sirios prefieren emigrar a Alemania antes que a Arabia Saudí, Irán, Rusia o Japón, no porque Alemania esté más cerca o sea más rica que los demás destinos potenciales, sino porque Alemania tienen un historial mucho mejor a la hora de recibir de buena manera y asimilar a los inmigrantes". Harari, Y.N., *21 lecciones para el siglo XXI*, Penguin Random House, 2018, pág.161.

la migración es una realidad de importancia para la Unión, que se ha tomado en consideración en la elaboración de diferentes instrumentos, como la Agenda 2030 de Naciones Unidas para el desarrollo sostenible, y respecto de la cual se ha desarrollado la Agenda Europea de Migraciones, que reconoce que la migración es una responsabilidad común y un desafío para los países de origen y destino⁹.

5. LA MOVILIDAD EN EL ESPACIO EUROPEO

5.1. El derecho a la libre circulación de trabajadores en la Unión Europea

Como hemos comentado sobre estas líneas, son múltiples las razones que motivan actualmente los movimientos migratorios. La guerra de Ucrania, sin duda, ha supuesto un nuevo desafío para las políticas de inmigración de la UE, si bien ésta ya se venía enfrentando a la llegada masiva de personas procedentes de diferentes países en busca de mejores condiciones de vida y de trabajo.

Antes de entrar a analizar situaciones conflictivas y posibles soluciones a las mismas, no puede perderse de vista el derecho básico que se encuentra en juego en este contexto: la libre circulación de personas y de trabajadores en la UE. El concepto de este derecho ha ido evolucionando con el tiempo, aunque podemos encuadrar su origen en 1961, en el Reglamento núm.15, de 16 de agosto, así como en la Directiva 64/221/CEE, que establece una serie de mínimos en materia de igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad. Las bases del derecho a la libre circulación se definen más tarde en el tiempo, en el artículo 3.2 del Tratado de Maastricht, de 7 de febrero de 1992, cuya versión consolidada¹⁰ establece que: "La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia".

Este espacio de libertad y seguridad jurídica incluye el derecho de desplazamiento y de residencia del trabajador, de entrada y residencia de sus familiares y el derecho a trabajar en otro Estado miembro y a recibir el mismo trato que sus nacionales como parte del derecho a la libre circulación¹¹. De la definición de este derecho, por su parte, no puede perderse de vista el papel que juega el concepto de ciudadanía de la UE. El artículo 20 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

9 Molina Hermosilla, O., "Retos derivados de los nuevos movimientos migratorios ¿contamos con una política en materia de emigración?" *Revista de derecho migratorio y extranjería*, núm.48, 2018, pág. 18.

10 Diario Oficial de la Unión Europea C83/15: Tratado de la Unión Europea. Versión consolidada.

11 Sánchez Pérez, J., "El contenido del derecho de libre circulación de trabajadores en la Unión Europea, su proyección normativa y sus excepciones". *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 247, 2021, pág. 2.

(TFUE¹²) recoge la creación de esta ciudadanía de la Unión y establece que “Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla”. Por su parte, el artículo 45 de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea¹³ recoge que: “1. Todo ciudadano de la Unión tiene derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. 2. De conformidad con lo dispuesto en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, se podrá conceder libertad de circulación y de residencia a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro”.

En este sentido, algunos autores consideran la libre circulación de trabajadores como “la manifestación estelar de la política social de las Comunidades Europeas”¹⁴. No obstante, no se trata de una libertad absoluta, sino de un principio fundamental del Derecho de la Unión que, conforme a la jurisprudencia del TJUE debe interpretarse de manera estricta y respetando los límites del Derecho de la Unión y el principio de proporcionalidad¹⁵.

Además, tal y como afirman expertos en la materia¹⁶, la dimensión social de la libre circulación de personas en la UE debe convivir con una dimensión económica, ya que los flujos migratorios y la movilidad laboral dependen esencialmente de la oferta y la demanda de la mano de obra y, con ello, se ajustan los salarios, su rebaja y su aumento.

En este orden de cosas, cabe destacar también lo establecido en el Reglamento 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011¹⁷, relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Unión, que se refiere a las personas que hacen uso de este derecho de libre circulación con el fin de desarrollar en otro Estado miembro, distinto del de origen, una actividad por cuenta ajena (derecho al que se ha adherido también el de desplazamiento para la búsqueda de empleo). Por tanto, puede afirmarse que dicha libertad de circulación se refería en origen a aquellas personas que actuasen en calidad de agentes económicos y contribuyesen, de esta forma, a la vida económica

12 Diario Oficial de la Unión Europea C83/47: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Versión consolidada.

13 Diario Oficial de la Unión Europea 2000/C 364/01: Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

14 Palomeque López, M.C., “La libre circulación de los trabajadores comunitarios”, *Proyecto Social: Revista de relaciones laborales*, núm. 1, 1993, pág. 125.

15 STJUE (Sala Tercera) de 19 de septiembre de 2013 (C-140/12): “procede recordar que, dado que el derecho a la libre circulación es, como principio fundamental del Derecho de la Unión, la regla general, los requisitos previstos en el artículo 7, apartado 1, letra b), de la Directiva 2004/38 deben interpretarse de manera estricta (véanse, por analogía, las sentencias antes citadas Kamberaj, apartado 86, y Chakroun, apartado 43), así como respetando los límites impuestos por el Derecho de la Unión y el principio de proporcionalidad (véanse las sentencias antes citadas Baumbast y R, apartado 91; Zhu y Chen, apartado 32, así como Comisión/Bélgica, apartado 39).”

16 Cabeza Pereiro, J., “La libre circulación en la Unión Europea: entre movilidad económica y ciudadanía”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 122, 2016, pág. 20.

17 Diario Oficial de la Unión Europea L 141/1 Reglamento (UE) No 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión.

de la UE (en aquel momento, Comunidad Económica Europea)¹⁸. Así, se habla de una “ciudadanía de mercado” frente a una “ciudadanía social”¹⁹.

No obstante, no puede perderse de vista que el contenido de este concepto de ciudadanía y el derecho a la libertad de circulación, han sido matizados por el TJUE en diferentes sentencias, en relación directa con la delimitación del concepto de trabajador en el seno de la UE y, por otra parte, con el derecho a recibir, o no, determinadas prestaciones sociales. Resulta idóneo resumir la trayectoria de ambas cuestiones para poder entender el punto en el que nos encontramos actualmente en materia de libertad de circulación e inmigración.

5.2. El concepto de trabajador comunitario en relación con la libertad de circulación

En primer lugar, sobre el concepto de trabajador en la UE, es por todos conocido el debate que se está planteando en la actualidad respecto de la delimitación de una noción común de trabajador de plataformas digitales para todos los Estados miembros. Sobre esta cuestión, los diferentes Estados de la UE han elaborado mecanismos para la determinación de la categoría de trabajador asalariado amparados, en su mayoría, en indicaciones o indicios de laboralidad. En el seno de la UE, se ha propuesto la Directiva de la UE al respecto.

No obstante, si nos centramos en el concepto de trabajador a efectos de libertad de circulación propiamente dichos, el TJUE ha realizado una labor de interpretación de éste a través de varias de sus sentencias. En primer lugar, en la sentencia dictada en el asunto Unger²⁰, se establecieron las bases que sustentan la idea de que el concepto de trabajador tiene un alcance comunitario, autónomo del que determinen los Estados miembros, ya que, en caso contrario, la delimitación del ámbito subjetivo del derecho a la libre circulación podría quedar sometido a la discrecionalidad de aquellos.

A continuación, el concepto de trabajador se perfiló gracias a la sentencia dictada en el asunto Lawrie-Blum²¹, que se centraba en el caso de una profesora en prácticas y que estableció el denominado “test de suficiencia” para que concurra el concepto comunitario de trabajador, utilizado ahora, con carácter casi absoluto, por el TJUE. Como bien han delimitado expertos en la materia²², el test

18 En este sentido, el considerando 4 de dicho Reglamento establece que: “La libre circulación constituye un derecho fundamental para los trabajadores y su familia. La movilidad de la mano de obra en la Unión debe ser para el trabajador uno de los medios que le garanticen la posibilidad de mejorar sus condiciones de vida y de trabajo, y facilitar su promoción social, contribuyendo al mismo tiempo a satisfacer las necesidades de la economía de los Estados miembros. Conviene afirmar el derecho de todos los trabajadores de los Estados miembros a ejercer la actividad de su elección dentro de la Unión”.

19 Cabeza Pereiro, J., “La libre circulación en la Unión Europea: entre movilidad económica y ciudadanía”, cit., pág. 20.

20 STJUE de 19 de marzo de 1964 (C-75/63).

21 STJUE de 3 de julio de 1986 (C-66/85).

22 Sánchez-Urán Azaña, Y., “Concepto de Trabajador y Economía Digital. Respuesta en el contexto internacional y en el Derecho de la UE”, *Revista Derecho social y empresa*, (Ejemplar dedicado a: La incidencia de las nuevas tecnologías en las relaciones laborales: economía digital, teletrabajo y economía digital, teletrabajo y desconexión digitales), núm. 14, 2021, pág.15.;, Sánchez-Urán Azaña, Y., “Concepto de trabajador”, en García Murcia, J. (Dir.): *Condiciones de Empleo y Relaciones Laborales en el Derecho de la Unión Europea*, Thomson-Reuters Aranzadi, 2017, págs. 45 y ss.

establece las señas de identidad en la materia (el derecho a libre circulación es un principio fundamental de la UE; debe existir una interpretación uniforme del concepto de trabajador con alcance comunitario y autónoma que no puede ser modificado por los Estados y que se ampara en criterios objetivos de definición de la relación laboral como “la realización por una persona durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, ciertas prestaciones, por las cuales percibe una remuneración”).

5.3. La asistencia social a los ciudadanos de la Unión: los trabajadores económicamente inactivos

Sobre la libertad de circulación en relación con el derecho a percibir determinadas prestaciones sociales, cabe comentar brevemente algunas sentencias del TJUE. Por una parte, la sentencia sobre el asunto Dano²³, estableció que las prestaciones especiales en metálico no contributivas²⁴ deben concederse de conformidad con la legislación del Estado miembro en cuyo territorio residen las personas que la han solicitado o los miembros de su familia²⁵, por lo que nada se opone a que la concesión de tales prestaciones a ciudadanos de la UE que no ejercen actividades económicas esté supeditada a la exigencia de que éstos cumplan los requisitos para disponer del derecho de residencia en virtud de la Directiva 2004/38 en el Estado miembro de acogida. En este punto, es manifiesto el carácter económico de la ciudadanía de la Unión antes comentado, puesto que, entre los objetivos de la Directiva mencionada se encuentra evitar que determinadas personas se conviertan en una carga económica excesiva para la asistencia social del Estado que las acoge, tal y como refleja el TJUE en su sentencia²⁶.

Por tanto, se delimita un nuevo tipo de sujetos, esto es, los ciudadanos de la UE económicamente inactivos. En este sentido, el TJUE establece en su sentencia que “*un Estado miembro debe tener la posibilidad de denegar las prestaciones sociales a ciudadanos de la Unión que no ejerzan una actividad económica y ejercen su libertad de circulación con el único objetivo de poder disfrutar de la ayuda social de otro Estado miembro cuando no disponen de recursos suficientes para optar al derecho de residencia*”.

No obstante, esta situación en la que una persona se encuentra inactiva económicamente, no implica que no se encuentre en búsqueda activa de empleo. Sobre esta cuestión se pronunció el

²³ STJUE (Gran Sala) de 11 de noviembre de 2014 (C-333/13).

²⁴ Contempladas en el artículo 70, apartado 2 del Reglamento núm.883/2004, están comprendidas en el concepto de «prestaciones de asistencia social» en el sentido del artículo 24, apartado 2, de la Directiva 2004/38.

²⁵ Miranda Boto, J.M., “La libre circulación de trabajadores en la Unión Europea”, en AA.VV. (Areta Martínez, M., coord.; Cardenal Carro, M. dir.; Pérez Campos, A.I., dir.), Derecho del trabajo y protección social en la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro, Dykinson, 2019., pág. 61.

²⁶ Fundamento 74 de la STJUE (Gran Sala) de 11 de noviembre de 2014 (C-333/13): “Admitir que personas que no disfrutan del derecho de residencia en virtud de la Directiva 2004/38 puedan reclamar un derecho a percibir prestaciones sociales en las mismas condiciones que las aplicables a los propios nacionales iría en contra de un objetivo de dicha Directiva, recogido en su décimo considerando, consistente en evitar que los ciudadanos de la Unión nacionales de otros Estados miembros se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida”.

TJUE en su sentencia sobre el caso Alimanovic²⁷, al afirmar que “la Directiva 2004/38, que establece un sistema gradual de mantenimiento de la condición de trabajador que pretende asegurar el derecho de residencia y el acceso a las prestaciones sociales, toma en consideración, ella misma, los diferentes factores que caracterizan la situación individual de cada solicitante de una prestación social, y en especial la duración del ejercicio de una actividad económica”. En este sentido, en caso de conservar la condición de demandante de empleo, se garantiza la igualdad de trato a los ciudadanos de la Unión con respecto de los nacionales del Estado miembro en cuestión. En el caso Alimanovic, la normativa de dicho Estado (Alemania) establecía un plazo de seis meses desde el desempeño del último trabajo para la consideración de una persona como demandante de empleo, por lo que, al haberse superado el mismo, ya no podían percibirse las prestaciones sociales a las que podían acceder los trabajadores o demandantes de empleo mencionados, con independencia de que se dispusiera del derecho de residencia. La medida alemana fue considerada apropiada, transparente y proporcionada por parte del TJUE.

6. LA INTERMEDIACIÓN LABORAL EN EL ESPACIO EUROPEO: LA RED EURES

Una vez planteado el estado de cosas en materia de libertad de circulación de trabajadores en el seno de la UE, cabe analizar cómo las diferentes situaciones que se están produciendo a escala mundial y que propician el aumento o la disminución de los movimientos migratorios pueden afectar a este derecho, o verse afectadas por el mismo, y cómo la actividad de la actividad de intermediación, en concreto a través de la Red EURES, puede servir de ayuda a la hora de abordar la situación migratoria en la UE.

6.1. Coyuntura actual de la movilidad en Europa: crisis y trabajo digital

Podemos distinguir tres situaciones de actualidad que condicionan la situación migratoria en Europa. En primer lugar, la crisis derivada de la pandemia del Covid-19, que aún continúa repercutiendo en el mercado laboral mundial; en segundo lugar, la crisis migratoria derivada de la invasión de Ucrania por Rusia, y, en tercer lugar, las nuevas formas de trabajo digital y su influencia en la movilidad de trabajadores.

La crisis sanitaria derivada de la pandemia del coronavirus en el año 2020 produjo la activación de uno de los límites más extremos en materia de protección de la salud pública: el cierre de fronteras. La posibilidad de aplicar esta medida se ha contemplado desde la promulgación originaria del derecho

27 STJUE (Gran Sala) de 15 de septiembre de 2015 (C-67/14).

a la libre circulación, de hecho, se encuentra recogida en el artículo 29 de la Directiva 2004/38/CE, conforme al cual: *“Las únicas enfermedades que podrán justificar una medida que limite la libertad de circulación serán las enfermedades con potencial epidémico como se definen en los instrumentos correspondientes de la Organización Mundial de la Salud, así como otras enfermedades infecciosas o parasitarias contagiosas siempre que sean, en el país de acogida, objeto de disposiciones de protección para los nacionales”*²⁸; sin embargo, no había sido necesario aplicarla hasta el momento.

La decisión de cerrar fronteras y, más adelante, de reabrir las con restricciones, afectó de manera grave a la libre circulación de trabajadores, si bien la medida procedía del establecimiento de límites a la regulación general de la libre circulación de personas²⁹. La normativa desarrollada durante la pandemia en materia laboral fue muy numerosa, por ello, parece preciso destacar algunas de ellas, pero sin ánimo de exhaustividad. Así, se publicó el Reglamento (UE) 2021/953 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2021 relativo a un marco para la expedición, verificación y aceptación de certificados COVID-19 interoperables de vacunación, de prueba diagnóstica y de recuperación (certificado COVID digital de la UE) a fin de facilitar la libre circulación durante la pandemia de COVID-19. Aunque se trató de una norma limitada en el tiempo, a fin de facilitar la libre circulación durante la pandemia de COVID-19³⁰, la medida afectó de manera directa e indirecta a millones de empleos. En primer lugar, profesiones sanitarias, en materia de alimentación o de cuidados. En este sentido, la Comisión Europea presentó sus *“Directrices sobre medidas de gestión de fronteras para proteger la salud y garantizar la disponibilidad de los bienes y de los servicios esenciales”*³¹.

En segundo lugar (y a continuación de las primeras directrices), aquellos empleos considerados *“críticos”*, respecto de los cuales, la Comisión (a petición del Consejo Europeo en su Declaración conjunta de 26 de marzo) dictó unas nuevas directrices³². En ellas se establece un amplio listado (sin carácter exhaustivo) de profesiones que adquirieron el nuevo calificativo de *“críticas”* y que se refieren esencialmente a sanidad, transporte, tecnología, suministro de mercancías, cuidados, comunicaciones, etc. En verano de 2020 se presentaron directrices específicas para el sector turístico

28 De manera semejante se recogía en la anterior Directiva 64/221/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1964, para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública, en su artículo 4.

29 Miranda Boto, J.M., *“La libre circulación tras (¿?) la Covid-19. Retos en materia de restricciones, nuevos modelos familiares y digitalización”*, *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 3, núm.1, 2022, pág. 52.

30 Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de conformidad con el artículo 16, apartado 1, del Reglamento (UE) 2021/953 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un marco para la expedición, verificación y aceptación de certificados COVID-19 interoperables de vacunación, de prueba diagnóstica y de recuperación (certificado COVID digital de la UE) a fin de facilitar la libre circulación durante la pandemia de COVID-19, COM/2021/649 final, establece que: *“Cualquier propuesta de la Comisión de prorrogar el Reglamento estaría limitada en el tiempo, ya que el objetivo de la Comisión es recuperar la libre circulación sin restricciones tan pronto como la situación epidemiológica lo permita”*.

31 Diario Oficial de la Unión Europea (2020/C 86 I/01).

32 Directrices relativas al ejercicio de la libre circulación de los trabajadores. Diario Oficial de la Unión Europea (2020/C 102 I/03).

y agroalimentario³³, y en octubre de ese mismo año, se aprobó la Recomendación (UE) 2020/1475 del Consejo, sobre un enfoque coordinado de la restricción de la libre circulación en respuesta a la pandemia de COVID-19³⁴.

Respecto a la guerra de Ucrania, hemos comentado anteriormente que la cifra de refugiados en Europa asciende a más de ocho millones. Esta crisis humanitaria derivada de la invasión ha tenido graves repercusiones el empleo, no solo a escala nacional, sino, también, a nivel mundial. Según la OIT, en Ucrania, el empleo en 2022 fue del 15,5% (2,4 millones de puestos de trabajo) por debajo del nivel de 2021, anterior a la guerra³⁵. Huelga decir que, todas las personas que escapan de dicha guerra y se refugian en otros países, no sólo van a necesitar ayuda para cubrir necesidades esenciales para la vida, sino que, a medio y largo plazo, también van a necesitar encontrar empleos que les permitan vivir de manera independiente.

En relación con el ahora objeto de estudio, no puede perderse de vista que no resulta de aplicación a estas personas la condición de ciudadanos europeos, ya que Ucrania no forma parte de la UE. Por tanto, el marco normativo comunitario estudiado hasta ahora sobre libertad de circulación de personas y trabajadores no es el aplicable a esta situación, por lo que la normativa para regular la movilidad de estas personas por la UE y los trámites para su colocación y acceso al empleo deben ser otras. En este sentido, es necesario acudir a otras normas internacionales. La primera de ellas es la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948³⁶, que recoge en su artículo 23 el derecho al trabajo como un derecho humano. Por otra parte, y de manera ya más específica, la Convención de Ginebra³⁷ establece en su artículo 17 que: “En cuanto al derecho a empleo remunerado, todo Estado Contratante concederá a los refugiados que se encuentren legalmente en el territorio de tales Estados el trato más favorable concedido en las mismas circunstancias a los nacionales de países extranjeros”. Además, recoge que, en todo caso, las medidas restrictivas respecto de los extranjeros o del empleo de extranjeros, impuestas para proteger el mercado nacional de trabajo, no se aplicarán a los refugiados que estuvieran exentos de ellas en la fecha en que la Convención entrase en vigor respecto del Estado Contratante interesado, o que reunieran una de las condiciones siguientes: “a) Haber cumplido tres años de residencia en el país; b) Tener un cónyuge que posea la nacionalidad del país de residencia. El refugiado no podrá invocar los beneficios de esta disposición en caso de

33 Directrices sobre los trabajadores de temporada en la UE en el contexto del brote de COVID-19. Diario Oficial de la Unión Europea (2020/C 235 I/01).

34 Recomendación (UE) 2020/1475 del Consejo de 13 de octubre de 2020 sobre un enfoque coordinado de la restricción de la libre circulación en respuesta a la pandemia de COVID-19. Diario Oficial de la Unión Europea (L 337/3).

35 OIT, “*Impact of the crisis on employment, incomes and social protection*”, Febrero de 2023. Accesible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---sro-budapest/documents/briefingnote/wcms_867586.pdf

36 Declaración Universal de Derechos Humanos Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

37 CONVENCION SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS Adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), del 14 de diciembre de 1950. Entrada en vigor: 22 de abril de 1954, de conformidad con el artículo 43 Serie Tratados de Naciones Unidas, Núm. 2545, Vol. 189, pág. 137.

haber abandonado a su cónyuge; c) Tener uno o más hijos que posean la nacionalidad del país de residencia". Por su parte, el artículo 24 del mismo texto normativo establece que, los Estados deben conceder a los refugiados que se encuentren legalmente en su territorio el mismo trato que a sus nacionales en materia de remuneración (incluso subsidios familiares cuando formen parte de la remuneración) y seguros sociales.

Respecto de la legislación comunitaria en esta materia, son numerosas los instrumentos y normas que se han dictado a lo largo de la historia de la Unión en materia de elaboración de una política común de asilo como uno de los elementos constitutivos del objetivo de la UE de establecer progresivamente un espacio de libertad, seguridad y justicia, de entre las cuales, sin deseo de resultar exhaustivos, destacamos la Directiva 2001/55/CE, del Consejo de 20 de julio de 2001³⁸. El objeto de esta se recoge en su artículo primero, y no es otro que establecer normas mínimas para la protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de terceros países que no pueden volver a su país de origen y fomentar un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acogerlas y asumir las consecuencias de su acogida. Esta "protección temporal" se entiende sin perjuicio de la condición de refugiado otorgado por la Convención de Ginebra (si bien garantiza una mayor cobertura que la ofrecida por ésta), y se otorga de manera automática a todas las personas que cumplan con los requisitos indicados en la norma, sin que resulte necesario quedar sujeto a una resolución administrativa interna de los Estados miembros. Estas personas protegidas temporalmente contarán con autorización de dichos Estados a ejercer una actividad retribuida por cuenta propia o ajena, con arreglo a las normas aplicables a cada profesión, y a participar en actividades de formación, sin que sea posible dar prioridad a los ciudadanos de la UE y a los ciudadanos de los Estados Parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (artículo 12).

Por último, el nuevo contexto de digitalización en las empresas a escala mundial también manifiesta sus consecuencias en el empleo y en la actividad de intermediación. Así, la libre circulación de trabajadores en la UE fue diseñada para la movilidad de personas de forma física y para la realización de trabajos con un desplazamiento del trabajador por el territorio comunitario. Por una parte, como hemos comentado anteriormente, la aplicación de una gestión algorítmica en las empresas y, especialmente, el trabajo a través de plataformas digitales, es un problema al que se están enfrentando en la actualidad la mayoría de países de economías desarrolladas y que también ha repercutido en el ordenamiento comunitario, especialmente en relación con el debate acerca de la reelaboración del concepto de trabajador, hasta el punto de haberse propuesto la Directiva de la UE para la mejora de las condiciones laborales de las personas que trabajan a través de plataformas digitales.

Por otra parte, el segundo problema en materia de digitalización es el teletrabajo transfronterizo, en concreto, como se han planteado ya algunos autores, si adquieren o no la condición de

38 Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida.

migrantes³⁹. En el trabajo transfronterizo original, el TJUE estableció en el caso Hartmann⁴⁰ que, “un nacional de un Estado miembro que, conservando su empleo en dicho Estado, ha trasladado su domicilio a otro Estado miembro y desde entonces ejerce su actividad profesional como trabajador fronterizo puede invocar la condición de trabajador migrante”. En este sentido, parece que, por analogía, podría aplicarse esta doctrina al teletrabajo. Por otra parte, queda en el aire también si, el Reglamento (CE) núm.593/2008, se ha quedado obsoleto frente a la digitalización en el mercado de trabajo y, como afirman expertos⁴¹ en la materia, resultaría preciso añadir un apartado que regulase las situaciones de trabajo transnacional, respecto del cual, el punto de unión relevante sería el mercado en el que tienen transcendencia las operaciones económicas realizadas en el tráfico mercantil de la empresa.

6.2. Características y funcionamiento de la Red EURES

Uno de los derechos instrumentales para que los trabajadores puedan ejercer su derecho a la libre circulación es el de “responder a ofertas efectivas de trabajo”, tal y como recoge el artículo 45 del TFUE. Este derecho inherente a la libre circulación influye, como hemos tenido ocasión de analizar en apartados anteriores con mayor detalle, en la ampliación del concepto de trabajador, ya que mantendrán esta condición las personas que se encuentren en búsqueda activa de empleo⁴².

En esta búsqueda de empleo, los trabajadores pueden actuar directamente o bien, a través de agencias o sistemas de intermediación y colocación. Las agencias de empleo pueden ser públicas o privadas, de carácter nacional o internacional.

Actualmente, el papel de Internet tiene una influencia decisiva en los cambios que se están produciendo en materia de empleo y colocación. Las posibilidades de comunicación masiva y de acceso a ofertas de empleo de cualquier país del mundo ha permitido superar las clásicas barreras locales de los sistemas de colocación tradicionales⁴³. Así, las nuevas tecnologías permiten que la información se difunda de manera globalizada y a gran velocidad⁴⁴, por lo que los mecanismos de selección de empleos y de trabajadores han sufrido un cambio irreversible.

39 Miranda Boto, J.M., “La libre circulación tras (¿?) la Covid-19. Retos en materia de restricciones, nuevos modelos familiares y digitalización”, cit., pág. 66.

40 STJUE de 18 de julio de 2007 (C-212/05).

41 Miranda Boto, J.M., “La libre circulación tras (¿?) la Covid-19. Retos en materia de restricciones, nuevos modelos familiares y digitalización”, cit., pág. 68.

42 Aguilar González, M.C., “Despliegue de derechos en el ejercicio de la libre circulación de trabajadores en la Unión Europea”, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, núm. 59, 2022, pág. 131.

43 Aguilar del Castillo, M.C., “Las redes sociales profesionales y el empleo. Una realidad en espera”, en AA.VV. (Rodríguez-Piñero Royo, M., dir., Hernández-Bejarano, M., dir.), *Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*, Bomarzo, 2017, pág. 295.

44 García García, E., Maroto Illera, R., Pérez Bermejo, F., Jimeno Serrano, J.F., “Nuevas tecnologías y mercado de trabajo. Especial atención al caso español” *Revista de Economía Industrial*, núm. 348, Ministerio de Economía nov-dic. 2002 VI, pág. 15.

Una vez instaurado Internet como el espacio principal en el que se vuelcan las ofertas de empleo y se producen las primeras tomas de contacto entre oferentes y demandantes, cabe matizar que son numerosas las plataformas por medio de las cuales se llevan a cabo estos procesos, sean públicas o privadas. En ambos casos, parece fundamental establecer una regulación básica de protección y garantía de derechos a los usuarios de las mismas. Por otra parte, determinadas redes sociales están funcionando a efectos prácticos como plataformas de colocación. Sin ánimo de exhaustividad, cabe mencionar la red LinkedIn, que se posiciona como una de las redes profesionales más importantes en el mercado, de hecho, ella misma se califica como “la mayor red profesional del mundo”.

La idea de que dicha red social está realizando una actividad de colocación responde al funcionamiento de la misma y a su principal cometido: acercar a empresas oferentes de empleo con trabajadores que, en muchos casos, se encuentran en búsqueda del mismo. En este sentido, las empresas seleccionan perfiles de trabajadores que cumplen con los requisitos del puesto de trabajo que ofrecen y les envían comunicaciones e información acerca de la apertura de procesos de selección con el fin de que participen en el mismo en caso de que les interese. Facilitan, en la mayoría de los casos, información sobre el puesto de trabajo, el salario, jornada, así como existencia de otros puestos dentro de la misma empresa⁴⁵. Los trabajadores, por su parte, se ponen en contacto con la empresa que haya publicado o les haya escrito de manera privada acerca de un proceso de selección en el que muestran interés, con el fin de obtener más información sobre el mismo o concretar los pasos a seguir para iniciar el proceso de selección. No puede negarse, por tanto, que esta red social sirve en numerosas ocasiones como paso previo a la colocación de trabajadores en empresas, a escala mundial y con absoluta inmediatez, por lo que se manifiesta como un sistema mucho más atractivo que los sistemas tradicionales de mediación para empresas y trabajadores.

En relación ya con las agencias y sistemas públicos de intermediación y colocación, vamos a centrarnos en aquellos de carácter internacional, especialmente en los mecanismos de intermediación a escala europea y, en concreto, en la Red EURES. Esta red se encuentra en funcionamiento desde el año 1994, y actualmente⁴⁶ viene regulada por el Reglamento (UE) 2016/589 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de abril de 2016 relativo a una red europea de servicios de empleo (EURES), al acceso de los trabajadores a los servicios de movilidad y a la mayor integración de los mercados de trabajo y por el que se modifican los Reglamentos (UE) núm.492/2011 y (UE) núm.1296/2013⁴⁷. Asimismo, en nuestro país se regula en el Real Decreto 207/2019, de 29 de marzo, por el que se regula el sistema nacional de admisión de miembros y socios de la Red EURES en España.

La Red EURES funciona como plataforma informática común para los Estados miembros, y en ella, éstos publican las ofertas y demandas de empleo que constan en sus Servicios Públicos de Empleo. El funcionamiento de la Red EURES se ha visto afectado en la actualidad (principalmente)

⁴⁵ Aguilar del Castillo, M.C., “Las redes sociales profesionales y el empleo. Una realidad en espera”, cit., pág. 324.

⁴⁶ El antecedente de la Red EURES fue el Servicio Europeo de Compensación de Ofertas y Demandas de Empleo (SEDOC).

⁴⁷ Diario Oficial de la Unión Europea (L 107/1).

por las tres circunstancias comentadas anteriormente. Como es lógico, en relación con la pandemia del coronavirus, tal y como recoge el Informe de la Comisión de la actividad de EURES de julio de 2018 a junio de 2020⁴⁸: “La pandemia de la COVID-19 y el cierre de las fronteras interiores afectaron gravemente a la libre circulación de trabajadores y a las operaciones de EURES en 2020. Las nuevas actividades de colocación se paralizaron casi por completo durante la primavera de 2020. Y las actividades de información de EURES se vieron seriamente afectadas”. La pandemia del coronavirus obstaculizó la movilidad laboral en toda Europa y desvió los recursos y las prioridades de los países pertenecientes a la Red EURES, por lo que todo el funcionamiento de ésta se vio sujeto a importantes demoras. Las recomendaciones para estos países miembros de la red se refirieron a la reanudación de la misma de forma coordinada, con el fin de mitigar las consecuencias del Covid-19, a la ampliación de la red y a conseguir avances en materia informática y, por último, a integrar en mayor medida el análisis de tendencias del mercado en la planificación de sus actividades.

Respecto de la situación existente en Europa derivada de la llegada masiva de refugiados procedentes de Ucrania, los servicios públicos de empleo de cada Estado miembro y, con mayor peso, la Red EURES, sería la vía idónea para regular la oferta y demanda de empleo de estos trabajadores migrantes⁴⁹. Para ello, tal y como promueve la Comisión⁵⁰, los Estados miembros pueden adoptar medidas que ayuden a estos refugiados a ejercer su derecho al trabajo, tales como informarles de su derecho de protección temporal ya comentado, o prestarles apoyo lingüístico. En este sentido, la propia Comisión ha añadido la lengua ucraniana a la EU Skills Profile Tool. De la misma manera, los Estados deben actuar en sus respectivos servicios públicos de empleo y, como consecuencia, la Red EURES. Ésta así lo ha hecho, y puede encontrarse en su perfil un apartado específico de información para los ucranianos que huyen del conflicto.

En cuanto a aquellos supuestos en los que la búsqueda de empleo no deriva de una situación de migración derivada de una crisis o guerra, la Red EURES encuentra en las redes sociales profesionales comentadas un fuerte competidor. Si bien es cierto que el objetivo común de la UE es alcanzar el mayor nivel de empleo posible, parece lógico que, para ello, la plataforma trate de analizar de qué manera puede ser tan accesible a trabajadores y empresarios como lo son dichas redes, y asemejarse en cierto modo a ellas. A pesar, por tanto, de que se trata de una red fuerte, no puede olvidarse que redes privadas, como LinkedIn, tiene 58 millones de empresas registradas, frente a las 5000 de EURES, y en ella buscan trabajo 50 millones de personas cada semana, frente al millón de CV con los que cuenta EURES⁵¹.

48 INFORME DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES sobre la actividad de EURES de julio de 2018 a junio de 2020 presentado de conformidad con el artículo 33 del Reglamento (UE) 2016/589 COM/2021/46 final.

49 Vigo Serralvo, F., “Medidas normativas adoptadas por la Unión Europea para promover el acceso al empleo de las personas que huyen de la Guerra de Ucrania”, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, núm. 61, 2022, pág. 84.

50 Comunicado de prensa que puede consultarse en https://ec.europa.eu/commission/pr esscor ner/detail/es/ip_22_1946

51 Esta información puede encontrarse en <https://kinsta.com/es/blog/estadisticas-de-linkedin/#:~:text=Con%20m%C3%A1s%20de%2058%20millones%20de%20empresas%20incluidas%20en%20el,los%20reclutadores%20utilicen%20regularmente%20LinkedIn.> y en https://eures.ec.europa.eu/index_es

Respecto de nuestra nueva Ley de Empleo y su tratamiento (ya analizado) de la intermediación como política activa de empleo, la norma hace referencia a la red EURES en tres ocasiones. La primera de ellas, en su Exposición de Motivos, al referirse a los procesos de captación de personas candidatas, destaca la gestión de las ofertas de empleo presentadas a los servicios públicos de empleo, la información y asesoramiento sobre la contratación y las medidas de apoyo a la misma o la información y asesoramiento sobre la difusión de ofertas en el ámbito de la Unión Europea a través de la Red EURES. En segundo lugar, establece en su artículo 22.k) que la Agencia Española de Empleo tiene competencia para coordinar e impulsar acciones de movilidad en el ámbito estatal y europeo, así como ostentar la representación del Estado español en la red EURES. Por último, respecto de los servicios garantizados a personas, empresas y demás entidades empleadoras por la Agencia Española de Empleo y los servicios públicos de empleo de las Comunidades Autónomas recogidos en el artículo 57, la letra f) de este precepto recoge como servicio la información y asesoramiento sobre la difusión de ofertas en el ámbito de la Unión Europea a través de la Red EURES.

Estos servicios ofrecidos por el SEPE se centran: a) información sobre oportunidades de empleo y necesidades de personal en los países del Espacio Económico Europeo, condiciones de trabajo y condiciones de vida; b) asesoramiento y orientación profesional: ayudando a cada persona a definir el tipo de profesional que busca y a diseñar una oferta de empleo atractiva, orientación profesional para el empleo de quien se va a desplazar, y para decidir y preparar su plan de movilidad; c) intermediación: introducción de ofertas de empleo en el sistema EURES; difusión concertada de las ofertas: en toda Europa, en determinados países o regiones, o por colectivos profesionales; consulta por los candidatos potenciales; canalización de las candidaturas recibidas de manera concertada; asistencia, asesoramiento y apoyo en la preselección, si así se acuerda.

El mencionado Real Decreto 207/2019, de 29 de marzo, por el que se regula el sistema nacional de admisión de miembros y socios de la Red EURES en España, que no se ha visto modificado por la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, establece que los altos índices de desempleo de España refuerzan la idea de la colaboración público-privada entre los agentes que intervienen en la intermediación laboral, con la preservación en todo caso la centralidad y el fortalecimiento de los Servicios Públicos de Empleo. De esta colaboración entre agentes públicos y privados, afirma la norma, que se conseguirá lograr una más eficaz intermediación en el ámbito de la Red EURES, proporcionando a las personas trabajadoras un empleo adecuado a sus características y facilitando a los empleadores las personas trabajadoras más apropiadas a sus requerimientos y necesidades. Esto es, se mejora la perspectiva de empleo antes analizada, si bien solo en materia de intermediación, acerca de los empleos en los que habrá más vacantes a corto y medio plazo, y qué perfiles serán necesarios para cubrirlas.

Por otra parte, afirma también la norma que la participación de los agentes sociales en la Red EURES contribuye al análisis de los obstáculos a la movilidad, así como a la promoción de la movilidad laboral voluntaria de manera equitativa dentro de la Unión. De esta manera, un análisis del funcionamiento de la Red EURES puede ofrecer perspectiva respecto de la intermediación laboral (ajuste entre oferta y demanda de empleo a nivel comunitario), pero también información respecto de los problemas de movilidad que pueden producirse para los trabajadores comunitarios, que impidan, por tanto, esa puesta en contacto de oferta y demanda de empleo. Asimismo, un análisis de datos

de las tendencias en el empleo puede ofrecer información acerca de posibles sectores que van a necesitar de un reciclaje o reconversión, y respecto de los cuales los trabajadores van a necesitar una formación específica.

En este punto, se trataría de trasladar lo analizado en materia de intermediación en la nueva Ley de Empleo, no sólo en el ámbito nacional, sino también comunitario, de manera que pueda ofrecerse a los trabajadores información acerca de las futuras necesidades en relación con el mercado de trabajo a nivel comunitario.

Es decir, al haber establecido en nuestra normativa interna la intermediación y la prospectiva como política activa de empleo, ello puede servir para que los mecanismos de relación previstos entre los servicios públicos de empleo y la Red EURES no se limiten a una mera conexión de trabajadores y empresarios, de oferta y demanda de empleo, a nivel comunitario, sino que se utilice como herramienta para predecir posibles necesidades en determinados Estados de nuevos empleos, de reconversión de los existentes, de formación y de perspectivas en un futuro.

Además, el marco actual de digitalización exige realizar, si cabe, un mayor énfasis en la actividad de prospección a nivel comunitario. Los vertiginosos cambios que se están produciendo como consecuencia del uso de nuevas tecnologías y, especialmente, el uso de la Inteligencia Artificial, provocan que los análisis sobre futuras proyecciones del empleo a nivel nacional resulten insuficientes, y sea preciso llevar a cabo una visión global de este nuevo panorama.

7. BREVE REFLEXIÓN FINAL

La reforma laboral en materia de empleo, cuyo resultado ha sido la Ley 3/2023 de 28 de febrero, ha tenido como objetivo cumplir con el compromiso adquirido en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, en concreto con el Componente 23 del éste, que prevé reformar el mercado de trabajo y adecuarlo a la realidad social. Dentro de los múltiples cambios y objetivos propuestos, destaca especialmente (en la ley en general y en nuestro estudio en particular) el papel central que adquiere la intermediación laboral como política activa de empleo y el papel que se le adjudica de prospección en el mercado laboral.

Por otra parte, la libertad de circulación como principio fundamental de la UE ha sufrido en los últimos tres años una serie de envites ni siquiera imaginados a lo largo de toda su historia. La crisis del Covid-19, la guerra de Ucrania y la llegada masiva de la digitalización han puesto en jaque a este derecho. No puede olvidarse que, a fin de cuentas, a pesar de la intención de prestar asistencia social a los migrantes ciudadanos de la UE, el origen del derecho y su fin son esencialmente económicos. Así, los Estados pueden denegar determinadas prestaciones de asistencia en caso de no encontrarse las personas en búsqueda activa de empleo, puesto que, conforme a la doctrina del TJUE, no puede legitimarse que su estancia en dichos países se deba exclusivamente a la percepción de las mismas y resulten una excesiva carga económica para los países. Con esta idea subyacente de que

los ciudadanos de la UE deben colaborar en el fortalecimiento de la economía europea, el acceso al empleo no solo se configura como un derecho instrumental de la libertad de circulación, sino como un objetivo necesario. Para ello, existen diferentes mecanismos de intermediación, de entre los cuales, a nivel europeo, destaca la Red EURES. Si bien es cierto que esta plataforma no se encuentra al mismo nivel de uso que redes sociales profesionales, se manifiesta como instrumento idóneo para hacer frente a los problemas migratorios sucedidos en la actualidad. Frente a redes privadas, la red pública debe garantizar un componente social y tomar en consideración fomento del empleo de refugiados, así como el mantenimiento de los derechos tras la crisis del coronavirus. Por tanto, resultaría idóneo fomentar el uso de esta red y conseguir que alcance la misma visibilidad con que cuentan redes profesionales privadas, con el fin de que pongan en contacto a un elevado número de trabajadores y empresarios sin perder su vertiente social, así como tomar en consideración las nuevas formas de empleo y los problemas asociados como consecuencia de la aplicación de la digitalización al trabajo.

En este contexto, parece que las posibilidades que se brindan actualmente a la intermediación laboral en el nuevo panorama normativo español, en el que, como hemos tenido ocasión de explicar, tiene categoría de política activa de empleo de carácter transversal, deben ser utilizadas también en un contexto de contacto con la intermediación comunitaria. Así, la colaboración entre los servicios de empleo españoles y la Red EURES no debería quedarse en una mera puesta en contacto de ofertas de empleo con personas que persiguen su colocación o recolocación y la selección de personas que se estiman idóneas para un puesto de trabajo, sino de la actividad de prospección que la norma otorga a la intermediación debería ser aplicada. Esta prospección permite que se analicen datos relacionados a la oferta y demanda de empleo que puedan ofrecer información acerca de las posibles variaciones en los mercados, la posible previsión de crisis de un sector económico o el alzamiento de otro, así como las necesidades futuras de formación y reciclaje de los trabajadores en determinadas direcciones, que permitan establecer con precisión proyecciones desde la formación educativa de las personas en sus primeros estadios.

8. BIBLIOGRAFÍA

Aguilar del Castillo, M.C., "Las redes sociales profesionales y el empleo. Una realidad en espera", en AA.VV. (Rodríguez-Piñero Royo, M., dir., Hernández-Bejarano, M., dir.), *Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*, Bomarzo, 2017.

Aguilar González, M.C., "Despliegue de derechos en el ejercicio de la libre circulación de trabajadores en la Unión Europea", *Revista de derecho migratorio y extranjería*, núm. 59, 2022.

Cabeza Pereiro, J., "La libre circulación en la Unión Europea: entre movilidad económica y ciudadanía", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 122, 2016.

Fernández Prol, F., "La intermediación en la nueva Ley de Empleo"; Briefs, AEDTSS, 14, 2023.

LA INTERMEDIACION LABORAL COMO ELEMENTO CENTRAL DE LA POLÍTICA ACTIVA DE EMPLEO

- García García, E., Maroto Illera, R., Pérez Bermejo, F., Jimeno Serrano, JF., "Nuevas tecnologías y mercado de trabajo. Especial atención al caso español" *Revista de Economía Industrial*, núm. 348, Ministerio de Economía nov-dic. 2002 VI.
- Harari, Y.N., *21 lecciones para el siglo XXI*, Penguin Random House, 2018.
- Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la actividad de EURES de julio de 2018 a junio de 2020 presentado de conformidad con el artículo 33 del Reglamento (UE) 2016/589 COM/2021/46 final.
- Miranda Boto, J.M., "La libre circulación tras (¿?) la Covid-19. Retos en materia de restricciones, nuevos modelos familiares y digitalización", *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 3, núm.1, 2022.
- Miranda Boto, J.M., "La libre circulación de trabajadores en la Unión Europea", en AA.VV. (Areta Martínez, M., coord.; Cardenal Carro, M. dir.; Pérez Campos, A.I., dir.), *Derecho del trabajo y protección social en la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro*, Dykinson, 2019.
- Molina Hermosilla, O., "Retos derivados de los nuevos movimientos migratorios ¿contamos con una política en materia de emigración?" *Revista de derecho migratorio y extranjería*, núm. 48, 2018.
- OIT, "Impact of the crisis on employment, incomes and social protection", febrero de 2023.
- Palomeque López, M.C., "La libre circulación de los trabajadores comunitarios", *Proyecto Social: Revista de relaciones laborales*, núm. 1, 1993.
- Pérez del Prado, D., La Ley 3/2023 de empleo. Principales novedades, *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 4, 2023.
- Sánchez-Urán Azaña, Y., "Concepto de Trabajador y Economía Digital. Respuesta en el contexto internacional y en el Derecho de la UE", *Revista Derecho social y empresa*, (Ejemplar dedicado a: *La incidencia de las nuevas tecnologías en las relaciones laborales: economía digital, teletrabajo y economía digital, teletrabajo y desconexión digitales*), núm. 14, 2021.
- Sánchez-Urán Azaña, Y., "Concepto de trabajador", en García Murcia, J. (Dir.): *Condiciones de Empleo y Relaciones Laborales en el Derecho de la Unión Europea*, Thomson-Reuters Aranzadi, 2017.
- Sánchez Pérez, J., "El contenido del derecho de libre circulación de trabajadores en la Unión Europea, su proyección normativa y sus excepciones". *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 247, 2021.
- Vigo Serralvo, F., "Medidas normativas adoptadas por la Unión Europea para promover el acceso al empleo de las personas que huyen de la Guerra de Ucrania", *Revista de derecho migratorio y extranjería*, núm. 61, 2022.

OIT. VISIBILIZAR LA DIFERENCIA BIOLÓGICA HOMBRE-MUJER: CLAVE PARA UNA REAL Y EFECTIVA SALUD LABORAL*

ILO. MAKE VISIBILITY OF MEN-WOMEN BIOLOGICAL INEQUALITY KEY TO REAL
AND EFFECTIVE WORK HEALTH

Mónica Ricou Casal

Profesora lectora e investigadora

Universitat Oberta de Catalunya

mricou@uoc.edu ORCID [0000-0003-0274-5017](https://orcid.org/0000-0003-0274-5017)

Recepción de trabajo: 09-01-2024 - Aceptación: 19-02-2024 - Publicado: 22-03-2024

Páginas: 192-209

- 1. INTRODUCCIÓN. ■ 2. OIT. LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO. ■ 2.1. Principios y derechos fundamentales del trabajo en la OIT. ■ 2.2. Entorno de trabajo seguro y saludable: principio y derecho fundamental de la OIT. ■ 2.3. Convenio sobre seguridad y salud en el trabajo, 1981 (núm. 155). ■ 2.4. Convenio sobre el marco promocional sobre seguridad y salud en el trabajo, 2006 (núm. 187). ■ 2.5. Convenio sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, 2019 (número 190). ■ 3. LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA LEY 31/1995 DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES. ■ 4. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE LEGE FERENDA. ■ 5. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

* Este estudio doctrinal tiene su origen en el Primer Premio de investigación recibido por la autora: Premios de investigación por "el derecho de las personas a un empleo en condiciones justas, equitativas y saludables". II Congreso Internacional sobre el derecho de las personas a un empleo en condiciones justas, equitativas y saludables: "Salud, seguridad y protección social de la mujer trabajadora" celebrado de forma virtual durante el 4 de noviembre de 2022. Asociación Española de Salud y Seguridad Social.

RESUMEN

En este trabajo de investigación se pretende poner el énfasis en la seguridad y salud en el trabajo en clave perspectiva de género. En este contexto se persigue que la salud laboral sea real y efectiva. Para conseguirlo es imprescindible que se visibilice la diferencia biológica hombre mujer. Se reclama subrayarla en la normativa de aplicación. Atendiendo también a que la Organización Internacional del Trabajo en su Conferencia 110º proclamó como principio fundamental: un entorno de trabajo seguro y saludable.

PALABRAS CLAVE: selección de personal, discriminación, algoritmos digitales, igualdad, sesgos discriminatorios, Derecho Laboral, género.

ABSTRACT

This research work aims to emphasize health and safety at work from a gender perspective. In this context, the aim is for occupational health to be real and effective. To achieve this, it is essential that the biological difference between men and women be made visible. It is requested to highlight it in the applicable regulations. Also considering that the International Labor Organization in its 110th Conference proclaimed as a fundamental principle: a safe and healthy work environment.

KEYWORDS: health, work, prevention, gender, training, regulations.

No son los sexos superiores o inferiores el uno al otro. Son simplemente distintos

Gregorio Marañón, médico, escritor y pensador español

1. INTRODUCCIÓN

La salud y la seguridad y salud en el trabajo (en adelante SST) es un tema urgente y necesario y más si cabe después de la pandemia del Covid-19. La Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) se ha preocupado desde sus inicios por la SST, y en junio de 2022 en la Conferencia 110^o se da un gran paso con la aprobación del principio de derecho fundamental: entorno de trabajo seguro y saludable. En este trabajo se pone el énfasis en que aquél no se podrá dar efectivamente sino se visibiliza la diferencia biológica hombre mujer en la normativa de aplicación. Las medidas de prevención de riesgos laborales y una vez acaecido el riesgo los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales requieren de una mirada con perspectiva de género.

Así las cosas, no fue hasta 1995 en la Conferencia Mundial de las Mujeres de Naciones Unidas en Beijín que se habla del término “perspectiva de género”. Se define como:

El proceso mediante el cual se valoran las implicaciones para las mujeres y los hombres de cualquier acción planificada, incluyendo legislaciones, políticas o programas en todas las áreas y todos los niveles. Es una estrategia para convertir las preocupaciones y experiencias de las mujeres y los hombres en una dimensión integral de diseño, implementación, monitoreo y evaluación de políticas económicas y sociales para que mujeres y hombres se beneficien igualmente y la desigualdad no se perpetúe¹.

De igual modo se debe hacer eco de la Declaración Universal de Derechos Humanos. En ésta se reafirma el principio de la no discriminación, poniendo el énfasis en que no cabe distinción de sexos. Y por supuesto de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. En su artículo 2 se condena por los Estados Parte la discriminación de la mujer en todas sus formas. En consecuencia, tampoco es de recibo que haya discriminación en la SST.

La salud y seguridad laboral reclaman tener en cuenta también la perspectiva de género. La acción preventiva debe identificar los riesgos laborales diferenciados que afectan a hombres y mujeres y las situaciones de desigualdad y discriminación que sufren las mujeres en el ámbito laboral y en la vida en general. Se debe considerar la división sexual del trabajo y la segregación laboral en base a las expectativas que socialmente se han asignado según el género.

En la Conferencia de Beijing se subrayó que las mujeres tenían el derecho a gozar del máximo nivel posible de salud física y mental. Indica como definición de salud “*un estado completo de*

¹ Cuarta Conferencia Mundial de las Mujeres. Beijing, China. Septiembre de 1995. Disponible en: <https://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/fwcwn.html> y https://www.unwomen.org/sites/default/files/Headquarters/Attachments/Sections/CSW/BPA_S_Final_WEB.pdf (consulta diciembre 2023).

*bienestar físico, mental y social y no sólo la ausencia de enfermedad o dolencia*². Esta definición es la misma que la Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS) señaló en su preámbulo como definición de salud³.

En el apartado segundo de este trabajo se analiza la normativa derivada de la OIT que está en la base de poder conseguir la deseada salud laboral real y efectiva. Los Convenios 155 y 187 de la OIT considerados fundamentales desde junio de 2022 representan en el ámbito internacional y de cada país: directrices y fuentes de derecho para que sean tomadas en consideración por los Estados Miembros.

En base a su carácter de fundamentales es en los Convenios 155⁴ y 187⁵ dónde debe estar presente, para evitar cualquier duda al respecto, el diferente tratamiento en términos de SST a la distinción biológica hombre mujer. Merece poner de relieve el Convenio 190 de la OIT⁶ por la afectación que tiene en términos de SST y en perspectiva de género.

En el apartado tercero de este trabajo se estudia, en el ámbito del ordenamiento jurídico español la Ley 31/1995 de 8 de noviembre⁷ (en adelante LPRL) fue un hito en su momento muy importante por su carácter innovador y en priorizar y en poner en alza las medidas preventivas de la SST. Con posterioridad a su aprobación se ha dictado normativa tanto en el ámbito internacional como el ordenamiento jurídico español en materia de igualdad hombre-mujer que reclama una reformulación o interpretación urgente de la LPRL.

En fin, no sólo la perspectiva de género influye en la SST sino la crisis medioambiental, el envejecimiento de la población o la rápida implantación de la inteligencia artificial⁸, retos que la protección

2 Cuarta Conferencia Mundial sobre las Mujeres de Naciones Unidas. Beijing, China. Septiembre de 1995. C. Mujer y salud. Punto 89. Disponible en: <https://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/platform/health.htm>

3 OMS, Preámbulo de su constitución. La constitución fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946 por los representantes de los Estados y entró en vigor el 7 de abril de 1948. Disponible en <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

4 OIT, Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981, (número 155) Disponible en: Convenio C155 - Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 (núm. 155) (ilo.org).

5 OIT, Convenio sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, 2006 (núm. 187) Disponible en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C187

6 OIT, Convenio sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, 2019 Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_711719.pdf

7 Ley 31/1995 de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales (BOE de 10 de noviembre) Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-24292>

8 Es de obligada mención el acuerdo político que se alcanzó en fecha 9 de diciembre de 2023 entre el Parlamento Europeo y el Consejo sobre la Ley de Inteligencia Artificial, propuesta por la Comisión en 2021. Disponible en <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2023/12/09/artificial-intelligence-act-council-and-parliament-strike-a-deal-on-the-first-worldwide-rules-for-ai/> (consulta diciembre 2023).

de la salud no puede quedar al margen. Para no pecar de exhaustividad y por un tema de extensión y ser fiel a la línea de investigación del trabajo éste se centra en el reto de la perspectiva de género.

En suma, después del análisis de los diferentes apartados se termina con interesantes conclusiones *lege ferenda*. Se pretende poner en alerta al legislador/a del contexto normativo regulador de la SST carente de una visión de género, con un marcado carácter androcentrista. La reformulación normativa debe hacer hincapié en la importancia de la formación en prevención de riesgos laborales, en la valoración de los puestos de trabajo en los planes de prevención y de especial importancia en la creación de un cuerpo de funcionarios para el asesoramiento y elaboración de los diferentes planes de obligado cumplimiento como ejemplo el de acoso por razón de sexo y sexual.

2. OIT. LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

Este apartado segundo pretende analizar en sus diferentes subapartados la importancia que ha tenido y tiene la SST en la OIT. Primero se hace un repaso de los principios y derechos fundamentales de la OIT con anterioridad a la proclamación de “un entorno de trabajo seguro y saludable” como principio fundamental. En segundo y tercer lugar se analizan en clave perspectiva de género los convenios fundamentales de la OIT números 155 y 187. No se podía dejar de mencionar en el cuarto subapartado el Convenio 190 por su gran trascendencia en visibilizar los riesgos psicosociales en la salud laboral.

2.1. Principios y derechos fundamentales en el trabajo de la OIT

La comunidad internacional llegó a un consenso sobre algunos derechos sociolaborales proclamados como fundamentales en dirección a proteger la dignidad humana⁹. Los principios y derechos fundamentales se recogen en la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento en su versión enmendada en 2022 (en adelante Declaración de 1998)¹⁰. Los Estados Miembros tienen un compromiso por la mera pertenencia a la OIT de respetar los principios relativos a los derechos fundamentales: “*libertad de asociación y libertad sindical y reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva, eliminación de todas las formas de trabajo forzoso*”

9 Bonet Pérez, J., *Mundialización y régimen jurídico internacional del trabajo. La OIT como referente político jurídico universal*. Editorial Atelier, Barcelona 2007. pág. 118.

10 OIT, *Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento 1998* disponible en: <https://www.ilo.org/declaration/thedeclaration/textdeclaration/lang--es/index.htm> (consulta diciembre 2023). Adoptada en su 86º reunión y enmendada en la Conferencia Internacional 110º junio 2022.

u obligatorio, abolición efectiva del trabajo infantil, eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación y un entorno de trabajo seguro y saludable”.

Esto es, la inclusión como principio constitucional del derecho a un entorno de trabajo seguro y saludable ya se expresaba en el preámbulo del Convenio sobre los servicios de salud en el trabajo, núm. 161: “*Teniendo en cuenta que la protección de los trabajadores contra las enfermedades sea o no profesionales, y contra los accidentes de trabajo constituye una de las tareas asignadas a la OIT por su constitución*”¹¹. En el mismo sentido en el Convenio 187 donde se prescribe el derecho a un medio ambiente de trabajo seguro y saludable.

En base a lo que indica Monereo, al menos la mitad de las normas de la OIT inciden directa o indirectamente en la prevención de riesgos laborales y materias conexas. De esta forma en el apartado g) de párrafo III de la Declaración de Filadelfia¹² se dispone que la OIT tiene la obligación de fomentar entre las naciones del mundo, programas que permitan proteger “*adecuadamente la vida y salud de los trabajadores en todas las ocupaciones*”¹³.

El motivo del gran número de normas de la OIT en SST es por los bienes jurídicos protegidos: la vida e integridad física y psíquica de toda persona, sin distinción de ningún tipo de discriminación incluida la de género en base a la línea argumental de este trabajo de investigación. Sin perjuicio de que la definición de un trabajo decente envuelve el concepto de un trabajo realizado en condiciones óptimas de seguridad y salud¹⁴.

Fue en el año 2019, en la Conferencia Internacional del Trabajo que se manifestó la importancia de que las condiciones de trabajo seguras y saludables fuesen consideradas principio de derecho fundamental. De esta forma el Consejo de Administración instauró un procedimiento por etapas para poder llevarlo a cabo¹⁵. Como consecuencia de la pandemia del COVID 19, emergencia sanitaria global que se extiende, como se sabe, durante el año 2020, se intensificó el énfasis en la atención a la salud. En cualquier caso, la Constitución de la OIT reconoce la protección de la persona trabajadora contra enfermedades sean o no profesionales y contra los accidentes de trabajo¹⁶.

11 OIT, Convenio 161 Convenio sobre los servicios de salud en el trabajo, 1985 Disponible en Convenio C161 - Convenio sobre los servicios de salud en el trabajo, 1985 (núm. 161) (ilo.org)

12 OIT, Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo (Declaración de Filadelfia) 1944 Disponible en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=NORMLEXPUB:62:0:NO:P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907#declaration (consulta diciembre 2023).

13 Monereo Pérez, J.L., “Derecho a la seguridad y salud en el trabajo” en AA. VV *El sistema universal de los derechos humanos*. Monereo Atienza, C., Monereo Pérez J.L., (directores) Editorial Comares S.L Granada., 2014, pág. 548.

14 Ibidem, p. 549.

15 Gil y Gil, J.L., “La declaración del centenario de la OIT para el futuro del trabajo” *Revista General del derecho del trabajo y de la Seguridad Social* núm. 57 de 2020 pág. 1.

16 Inicialmente se pretendía realizar mediante una enmienda al párrafo 2 de la Declaración de la OIT sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo o adoptar una nueva declaración de la Conferencia. La decisión final fue considerar que debía tomar la forma de una enmienda a la declaración de la OIT.

OIT. VISIBILIZAR LA DIFERENCIA BIOLÓGICA HOMBRE-MUJER: CLAVE PARA UNA REAL Y EFECTIVA SALUD LABORAL

Así las cosas, el Consejo de Administración en su reunión de noviembre de 2021 adoptó la correspondiente resolución. Es decir, se estableció que la Conferencia Internacional del Trabajo en su reunión 110ª incluyese las condiciones de SST en el marco de la OIT de los principios y derechos fundamentales en el trabajo.

Son principios constitucionales que los miembros de la OIT ya se habían comprometido a cumplir por el hecho de ser miembros de la OIT. Así las cosas, el Estudio General de 2017 sobre los instrumentos de seguridad y salud en el trabajo sobre el marco promocional, la construcción, las minas y la agricultura señaló que la promoción de la seguridad y salud en el trabajo y la prevención de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales son *“elementos centrales de la misión fundacional de la OIT y del Programa de Trabajo Decente”*¹⁷.

El concepto de trabajo decente tiene su centro neurálgico en la OIT¹⁸. Posteriormente se instauró como uno de los objetivos de desarrollo sostenible en Naciones Unidas, en concreto el objetivo 8 *“Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos”*¹⁹. En otras palabras, trabajo decente es una aspiración universal de conseguir un trabajo de calidad donde se respete la dignidad, la salud, seguridad y salud en el trabajo, igualdad y contribuya a poder contribuir al sostén de los gastos personales y familiares principalmente básicos²⁰.

Un trabajo que no sea de calidad afecta a la salud mental y física según definición indicada por la Organización Mundial de la Salud. Si un trabajo que se desarrolle a jornada completa no permite sufragar los gastos personales y familiares básicos no sería un trabajo de calidad, el mercado laboral fallaría. El período de descanso, de vida personal se debería ocupar con otro trabajo, valga señalar por ser de rabiosa actualidad las tareas de cuidados.

No es para nada baladí subrayar que los salarios, la alimentación y la vivienda deberían estar en una balanza equilibrada. De ahí la necesidad y urgencia de que a trabajo de igual valor entre hombres

17 OIT, 106ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (junio 2017) Estudio general relativo a los instrumentos de seguridad y salud en el trabajo sobre el marco promocional, la construcción, las minas y la agricultura, pág. 11 Disponible en <https://www.ituc-csi.org/IMG/pdf/agendaitemiii-itucbriefingnoteos-hgeneralsurveyes.pdf>

18 Así, el Sr. José Antonio Fonseca Viera da Silva: *“El trabajo decente es probablemente el concepto más valioso y la herramienta más eficaz que ha producido la comunidad internacional ya que proporciona opciones de política que pueden dar respuestas eficaces a los efectos de la globalización”* OIT, *“El trabajo decente para un desarrollo sostenible. Introducción del director general a la Conferencia Internacional del Trabajo”*. Oficina Internacional del Trabajo. 2007. Pág. 2.

19 NU, Asamblea General. Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015. 70/1 *“Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo sostenible”*.

20 Camas Roda, F., *Trabajo decente e inmigrantes en España: Un estudio sobre los derechos laborales de los trabajadores migrantes y del objetivo internacional del trabajo decente*. Ed. Huygens, Barcelona, 2016, pág. 18.

y mujeres igual remuneración²¹. Como señala RAMOS QUINTANA, la introducción de las mujeres al mercado laboral ha producido la “*impronta de género*”²². En resumidas cuentas, es de justicia que se ponga el foco en el trabajo decente en el colectivo femenino y en la corresponsabilidad en el reparto de tareas en el hogar y los cuidados.

No obstante, la existencia de instrumentos normativos actualmente no es suficiente para alcanzar la salud de las personas trabajadoras²³. Las nuevas formas de trabajar a través de nuevas tecnologías como las plataformas digitales pueden generar sobrecarga laboral. Ésta se agrava en el caso de las mujeres por ser ellas quienes mayoritariamente se encargan de las tareas del hogar y cuidados²⁴.

2.2. Entorno de trabajo seguro y saludable: principio de derecho fundamental de la OIT

Este apartado de este estudio tiene como objeto la trascendencia del principio de derecho fundamental de la Organización Internacional del Trabajo: entorno de trabajo seguro y saludable. Es difícil imaginarlo sino tenemos en cuenta algo tan visible a los ojos e invisible en la práctica real como es la diferencia biológica hombre mujer. La incorporación de la mujer al mercado laboral se ha ido produciendo paso a paso con dificultades derivadas de la propia definición de sociedad patriarcal. Un paso más es darle a la mujer trabajadora su lugar en las medidas de prevención de riesgos laborales para poder conseguir el objetivo de trabajo decente²⁵.

Se celebra desde estas líneas el nuevo principio de derecho fundamental. En el año 2019, en la Conferencia Internacional del Trabajo se manifestó la importancia de que las condiciones de trabajo seguras y saludables fuesen consideradas principio de derecho fundamental reciente aprobación en la penúltima conferencia internacional de la OIT ¿qué hay más importante que la salud y la salud laboral? Desde estas líneas se matiza que la proclamación del principio por la Conferencia Internacional del Trabajo desaprovechó la oportunidad de incluir: “Entorno de trabajo seguro y saludable atendiendo a la distinción biológica hombre mujer”.

21 OIT Convenio sobre igualdad de remuneración 1951 (núm. 100). Entró en vigor el 23 de mayo de 1953. España lo ratifica el 6 de noviembre de 1967. Convenio C100 - Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100) (ilo.org).

22 Ramos Quintana M.I., “El futuro de las mujeres- el futuro de la humanidad: más derechos efectivos para un empoderamiento real”. *Trabajo Decente para todos* Ed. OIT Oficial para España, 2017 págs. 2, 3 y 4. Disponible en <https://www.ilo.org/madrid/fow/trabajo-decente-para-todos/lang--es/index.htm>

23 López Insua, B.M., “Los convenios colectivos sectoriales”. AA. VV Monereo Pérez, J.L., (Dir). Arias Domínguez, A., (Dir). Gorell Hernández J., (Dir). Vila Tierno, F., (Dir). *Protección social de los trabajadores del campo en el Estado Social Autonómico: aspectos laborales y de Seguridad Social*. Ed. Laborum, 2019, pág. 260.

24 Instituto Nacional de Estadística, “Conciliación trabajo y Familia” (actualizado a 17 de octubre de 2022) *Mujeres y Hombres en España*. Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado.

25 OIT, Conferencia Internacional del Trabajo 108º de 2019. Parte II D) En 2019 en la Conferencia Internacional del Trabajo ya se puso de relieve la necesidad de que las condiciones de trabajo seguras y saludables fuesen consideradas derechos fundamentales del trabajo, por ser “*fundamentales para el trabajo decente*” Disponible en: <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/centenary-declaration/lang--es/index.htm> (consulta diciembre 2023).

Se enmendó el párrafo 2 de la Declaración de la OIT relativo a los principios y derechos fundamentales. Se introdujeron también las correspondientes enmiendas en el anexo de la Declaración de OIT de 1998 para destacar que son cinco las categorías de derechos fundamentales y no cuatro. En suma, también supuso enmendar la Declaración de la OIT sobre justicia social para una globalización equitativa y el Pacto Mundial para el Empleo para que se mencionase este nuevo derecho.

De manera que los indicados instrumentos normativos pasaron a denominarse: “Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998), en su versión enmendada en 2022”, “Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa (2008), en su versión enmendada en 2022” y “Pacto Mundial para el Empleo (2009), en su versión enmendada en 2022”.

Pasaron a considerarse como convenios fundamentales en el sentido de la Declaración de la OIT de 1998, en su versión enmendada en 2022: El Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 (núm. 155) y el Convenio sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, 2006 (núm. 187). Así las cosas, cabe destacar el punto 5 de la Resolución de 6 de junio de 2022 donde se manifiesta que lo indicado en la Resolución no puede afectar a los derechos y obligaciones “de un miembro dimanantes de los acuerdos de comercio y de inversión existentes entre Estados”²⁶.

La 349ª reunión del consejo de administración (30 de octubre a 9 de noviembre de 2023) apoyó la Estrategia Global en materia de SST 2024-2030 y plan de acción para su aplicación. Es una estrategia que no deja atrás la perspectiva de género citándola expresamente en algunos párrafos de su redactado²⁷.

Todo lo indicado es un gran avance en pro de la protección a la salud. En base a esta consecución el 28 de abril del pasado año, 2023, en el día mundial de la SST (se celebra por la OIT desde 2003) tuvo como temática principal un entorno de trabajo seguro y saludable²⁸. Además, se ha de poner de relieve las consecuencias jurídicas que este principio va a tener en los acuerdos comerciales existentes concertados por los Estados Miembros que tomaban como referente los principios y derechos fundamentales de la OIT²⁹.

26 OIT, Conferencia Internacional del Trabajo. 110ª Reunión 2022 ILC 110/Resolución I: “Resolución sobre la inclusión de un entorno de trabajo seguro y saludable en el marco de la OIT relativo a los principios y derechos fundamentales en el trabajo” 2022. Vid. 110ª Conferencia Internacional del Trabajo: La Conferencia Internacional del Trabajo añade la seguridad y la salud a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo (ilo.org) (consulta diciembre 2023).

27 OIT, “Estrategia global en materia de SST 2024-2030 y plan de acción para su aplicación”. pág. 6 Disponible en: Estrategia Global en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo 2024-2030 y plan de acción para su aplicación (ilo.org). wcms_751914.pdf (ilo.org).

28 OIT, Seguridad y Salud en el trabajo. Día mundial de la Seguridad y Salud en el Trabajo 2023. Disponible en: Día Mundial de la Seguridad y Salud en el Trabajo 2023 (Seguridad y salud en el trabajo) (ilo.org) (consulta diciembre 2023).

29 OIT, Consejo de Administración 323ª reunión, Ginebra, 2021. Propuestas para incluir las condiciones de trabajo seguras y saludables en el marco de la OIT relativo a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Punto 52. Disponible en GB.343/Decisiones: Decisiones adoptadas por el Consejo de Administración en su 343ª reunión (noviembre de 2021) (ilo.org) (consulta diciembre 2023).

2.3. Convenio sobre seguridad y salud en el trabajo, 1981 (núm. 155) y la perspectiva de género

El Convenio 155 tiene el rango de convenio fundamental como se ha indicado *ut supra*. Se señalan los principios básicos y metodología necesarios para mejorar la gestión de la seguridad y salud en el trabajo. Se complementa con la Recomendación 164 que se adoptó en el mismo foro y fecha³⁰ y el Protocolo 2002.

En otras palabras, marca las directrices sobre cómo organizar la prevención en las empresas y lugares de trabajo. Las personas empleadoras deben garantizar que la actividad laboral se ejerza sin riesgos para la SST. La representación sindical tiene derecho a información sobre todo lo que pueda repercutir en la SST. Los servicios de prevención ya sean propios o sean contratados con empresas externas a la empresa realizarán las actividades preventivas y formarán a las y los trabajadores y sus representantes.

Por añadidura, las y los trabajadores tienen el derecho a que se les proteja de todos los riesgos físicos y psicosociales de carácter laboral. También a recibir información y formación sobre su puesto de trabajo y la actividad laboral que desarrollan. No obstante, también tienen el deber de cumplir las obligaciones preventivas que se les hayan indicado para reducir o minimizar el riesgo.

La participación sería el elemento clave de organización del Convenio núm. 155 para una prevención eficaz. Es en este punto dónde la participación de las mujeres está más limitada por ejemplo en la menor participación en las organizaciones sindicales o en dobles jornadas laborales y domésticas que representan una lucha diaria contra el tiempo.

Merece destacar del Convenio 155 que refleje la promoción y protección de la SST de una forma integral y multidisciplinar. Se define un modelo global de protección del bien jurídico "*seguridad y salud laboral*" en relación con la gestión del riesgo laboral intrínseco al proceso de producción para poder establecer medidas de cooperación en la empresa. El Convenio 155 y la Recomendación 164 tienen repercusión a nivel internacional por centrarse en las medidas preventivas en la seguridad y salud laboral, sin perjuicio de una reparación integral.

La vigilancia de la salud ayuda a detectar que no haya riesgos físicos o psicosociales que afecten a la SST de las personas trabajadoras y así poder mantener entornos de trabajo seguros y saludables. La perspectiva de género debe estar presente para que la vigilancia sea efectiva y real por ejemplo viendo las necesidades diferentes que puedan tener si se es hombre o mujer trabajadores desde la ropa de trabajo hasta riesgos psicosociales³¹.

30 OIT, R164. Recomendación sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981. Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::N0::P12100_ILO_CODE:R164.

31 OIT, Género, salud y seguridad en el trabajo. "La perspectiva de género en salud y seguridad en el trabajo" Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-san_jose/documents/publication/wcms_227395.pdf (consulta diciembre 2023).

Supondría un gran avance añadir en el artículo 3 del Convenio las palabras “y los elementos biológicos hombre-mujer”:

...el término salud, en relación con el trabajo, abarca no solamente la ausencia de afecciones o de enfermedad, sino también los elementos físicos y mentales que afectan a la salud y están directamente relacionados con la seguridad e higiene en el trabajo...

La definición dada por el Convenio 155 se adecua a la que la Organización Mundial de la Salud contemplo en su preámbulo. Se abre paso la concepción del a salud no sólo como ausencia de enfermedad y además una salud integral.

En el ordenamiento jurídico español el Convenio 155 tuvo su repercusión en la LPRL, se señala en su preámbulo “es deudora además del derecho europeo, de los compromisos contraídos con la OIT, a partir de la ratificación del Convenio 155”. Si se revisará el Convenio 155 en clave perspectiva de género volvería ser deudora la LPRL para incluir en su articulado la distinción biológica hombre-mujer.

La definición se inclina más por lugar de trabajo seguro que por trabajador seguro. Ya se observa en el lenguaje que no se usa la terminología persona trabajadora segura. No sería de recibo en términos de prevención de riesgos laborales un lugar de trabajo seguro si quien lo ocupa es un hombre que una mujer, matiz a tener en cuenta. Así con acierto la STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2020 se refiere al control de convencionalidad de la perspectiva de género que así viene prescrita por el artículo 4.1 de la LO 3/2007. Las bajas de corta duración predominan más en mujeres que en hombres por las dobles jornadas laborales por tareas del hogar, tareas de cuidados que pueden llegar a desembocar en estrés y falta de descanso³².

2.4. Convenio sobre el marco promocional sobre seguridad y salud en el trabajo, 2006 (núm.187) y la perspectiva de género

El convenio 187 se centra en la cultura nacional de prevención para poder garantizar un medio ambiente seguro y saludable a todos los niveles. Por consiguiente, la responsabilidad corresponderá tanto a los gobiernos para una política nacional, las personas trabajadoras y las personas empresarias para poder asegurar un medio ambiente seguro y saludable. Lo que realiza el Convenio 187 es enmarcar el Convenio 155 bajo el amparo del concepto de cultura preventiva y del principio de derecho fundamental de la OIT “ambiente de trabajo seguro y saludable”.

Se configura un modelo de SST que en su contenido deberá integrar los elementos de: instrumentos legislativos, autoridades competentes, mecanismos de vigilancia y control, y ya en sede empresarial servicios de asesoramiento, servicio de salud e investigación y medidas de apoyo a pequeñas

32 Tribunal superior de Justicia de Cataluña. Sala de lo Social de 17 de enero de 2020. Resolución: 274/2020 Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/5e1d548551eb42cf/20200219>

y medianas empresas y economía informal. Se pretende la presencia de mínimos universales y una cultura preventiva sólida para poder ser aplicada por los Estados Miembros³³.

Para una eficaz cultura preventiva desde estas líneas se propone como necesario un cuerpo de funcionarios de personas técnicas en prevención de riesgos laborales para el asesoramiento y ayuda en la elaboración de planes de prevención de riesgos laborales. Se podría garantizar en todo momento la objetividad e imparcialidad en la prevención de riesgos laborales. Los servicios de prevención de riesgos ajenos costeados por la propia parte empresarial no pueden tener partiendo de esta premisa la objetividad necesaria, aunque quieran. La presión de la rescisión del contrato de prevención de riesgos laborales es un límite que eliminar.

La perspectiva de género en las políticas nacionales de prevención es urgente e imprescindible para que durante todo el ciclo de gestión del riesgo se pueda proteger al conjunto de la población trabajadora y no sólo a una parte. En consecuencia, se puede desarrollar la investigación y conocimiento sobre riesgos y daños en la salud de las mujeres trabajadoras. Con posterioridad es importante la formación al personal técnico y de inspección en SST. Después de todo, la legislación en igualdad de oportunidades debe integrar la legislación específica de SST, es decir deben ir aunadas.

Más aún, la OIT lo especifica con claridad en la Estrategia Global en materia de SST en 2003 donde se refiere en concreto a los "factores específicos de género"³⁴. De esta manera se pasará a hacer visible lo invisible ya que las necesidades específicas de las mujeres en SST habían tenido un papel secundario en el trabajo remunerado. No se consideran factores de riesgo muchas patologías y daños a la salud. Así la repetitividad, monotonía, la conciliación vida familiar y laboral o exigencias emocionales no son tenidas en cuenta en la evaluación específica del puesto de trabajo. Éste conllevará unos riesgos diferentes si es ocupado por un hombre que por una mujer. Sin perjuicio de las profesiones feminizadas dónde la interacción entre trabajo y salud está infravalorada.

En términos de una buena cultura preventiva las y los trabajadores también deben participar en las evaluaciones de riesgos. No obstante, ser evaluado un puesto de trabajo, la obligación de prevención empresarial comporta tener en cuenta las especificidades de la persona que lo ocupa en riesgos psicosociales como el acoso por razón de sexo o sexual.

2.5. Convenio sobre la violencia y el acoso. (Convenio 190)

El Convenio 190 entró en vigor el 25 de junio de 2021 y en el ordenamiento jurídico español el 25 de mayo de 2022. Su elaboración se fundamentó con la definición amplia de salud del preámbulo de la

33 Valdeolivas García, Y., Tudela Cambrero, G., "La protección de la seguridad y salud y salud laboral en la historia de la OIT" *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social: Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*. núm. 147 de 2020, Pág. 316.

34 OIT, Conferencia Internacional del Trabajo núm. 91 de 2003. "Estrategia Global en materia de SST". Disponible en: [Estrategia global en materia de seguridad y salud en el trabajo: Conclusiones adoptadas por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 91.ª reunión, 2003 \(ilo.org\)](#) (consulta diciembre 2023).

Organización Mundial de la Salud y con la Declaración Universal de Derechos Humanos. Se sigue la hoja de ruta marcada por la OIT de incluir las condiciones de seguras y saludables como derechos fundamentales.

Es de destacar que por fin mediante un Convenio de la OIT se haga hincapié en favorecer un entorno seguro, libre y digno para trabajar. La violencia y el acoso principalmente son niñas y mujeres el colectivo más afectado. Siguiendo a Sanguinetti se pretende proclamar un nuevo derecho humano "el derecho de toda persona a un mundo de trabajo libre de violencia y acoso". Nadie debería sufrir trabajando porque las personas trabajadoras también son personas y como tales son dignas de respeto a su dignidad³⁵. Es esencial en el Convenio 190 la perspectiva preventiva más que la represiva. Las y los empresarios deben garantizar un entorno de trabajo seguro y saludable con medidas a incluir en la formación y en los planes de prevención de riesgos en las empresas.

A tener muy en cuenta el artículo 1 del Convenio 190 donde se definen las expresiones "Violencia y acoso", "Violencia y acoso por razón de género", sin perjuicio de que sea la legislación nacional la que unifique o mantenga por separado dichas definiciones. Lo más destacable del Convenio es el enfoque holístico de la violencia y el acoso. Lo cual implica que se *prescinde de la intención del agente, materialización, reiteración, la gravedad de la conducta o la naturaleza psicológica del perjuicio que se sufre*. Se incluye dentro de la definición el acoso por razón de género o sexo y el acoso sexual³⁶.

El Convenio se debe señalar que protege a todas las personas del mundo del trabajo, mención específica a las y los trabajadores migrantes. Si hubiera campañas de sensibilización se debería tener en cuenta el idioma para que hubiese un fácil entendimiento de que la violencia y el acoso en el entorno laboral son inaceptables. Se podría denunciar al órgano garante del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales la Inspección de Trabajo y Seguridad Social³⁷.

Importante el artículo 3 cuando se refiere a que la aplicación material del Convenio supera la restricción a lugar o tiempo de trabajo, y se extiende a conexión con el trabajo. En consecuencia, se podrán incluir comportamientos como el ciberacoso. También medida trascendente es que se tenga en cuenta los efectos de la violencia doméstica y un enfoque activo en las consideraciones de género³⁸.

35 Sanguinetti Raymond, W., "El Convenio 190 de la OIT sobre la violencia y el acoso y los desafíos de su aplicación por los Estados" *Editorial CISS: Trabajo y Derecho*, núm. 95 noviembre de 2022 pág. 1.

36 *Ibidem* pág. 2.

37 Rojo Torrecilla, E., "Notas sobre el acoso sexual en el ámbito laboral. Referencias normativas y resoluciones judiciales" *Blog: El nuevo y cambiante mundo del trabajo, una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales* 23 de noviembre de 2022. Disponible en: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/11/notas-sobre-el-acoso-sexual-en-el.html>

38 *Ídem*.

3. LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA LEY 31/1995 DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES.

Es el artículo 40.2 de la Constitución Española³⁹ el que encomienda a los poderes públicos: "...velar por la seguridad e higiene en el trabajo..." El Convenio 155 tuvo su repercusión en la LPRL como se ha indicado. Ésta transpone al derecho español la Directiva 89/391/CEE⁴⁰. Con posterioridad a la aprobación de la LPRL⁴¹ se aprobó normativa de mayor rango en materia de género, la LO 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que los preceptos de aquella deben tener en cuenta.

A saber, el artículo 4 de la LO 3/2007 señala: "La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas". En consecuencia, la igualdad de trato es un principio informador de la LPRL que se ha de tener en cuenta para su integración y aplicación.

La LPRL tiene como objeto promover la SST mediante la aplicación de medidas y el desarrollo de las actividades necesarias para la prevención de riesgos derivados del trabajo. Siguiendo la línea del Convenio 155 se pasa de una concepción reparadora y proteccionista a una concepción preventiva. Sea como fuere la LPRL se acerca a los 30 años de su entrada en vigor, sería menester que se adecuará y revisará en aras a tener en cuenta la perspectiva de género y una concepción amplia del riesgo incluyendo riesgos físicos y psicosociales.

Sería de recibo que, para una prevención de riesgos real y efectiva, mientras no haya una revisión de la LPRL, se diferenciará el hecho biológico hombre mujer en base al art.14: "Los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo..." y el artículo 15: "Principios de la acción preventiva"

Los criterios técnicos de evaluación de riesgos pueden estar recogidos en normativa específica o: en las Normas UNE⁴², las Guías del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, normativa internacional o en bases de datos autorizadas, así en exposición a agentes químicos

39 Constitución Española, (BOE de 29 de diciembre de 1978), disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>

40 UE. Directiva 89/391 del Consejo de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora en la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo. (Publicación en el DOCE núm. 183 de 29 de junio de 1989). Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A31989L0391>

41 Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. (BOE de 23 de marzo de 2007), en vigor 24 de marzo. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-6115>

42 Asociación Española de Normalización. Entidad privada, multisectorial y sin fines lucrativos, designada por el Ministerio de Economía, Industria como organismo nacional de prevención.

OIT. VISIBILIZAR LA DIFERENCIA BIOLÓGICA HOMBRE-MUJER: CLAVE PARA UNA REAL Y EFECTIVA SALUD LABORAL

REPRORISK⁴³. Un ejemplo destacable de Nota técnica de Prevención es la 1186 “Conflicto trabajo-familia o doble presencia como riesgo psicosocial. Evaluación y medidas preventivas”. Como se indica en el apartado Conclusiones, página 4, el tiempo de trabajo remunerado y el tiempo doméstico y familiar no son compartimentos estancos, sino que están intercomunicados. Se debe considerar un riesgo psicosocial a tener en cuenta en la elaboración de los planes de prevención de riesgos laborales.

Así las cosas, la sentencia del juzgado de lo Social número 2 de Guadalajara (de 17 de septiembre de 2022)⁴⁴ en su fundamento jurídico segundo apartado cuarto destaca que las empresas han de realizar una “*real integración de la perspectiva de género en la prevención de riesgos laborales*”. Se celebra como indica que los riesgos laborales tienen una diferente afección si son hombres o mujeres. Además, con acierto subraya que bajo una misma denominación de puesto de trabajo, hombres y mujeres pueden realizar actividades distintas o diferente dedicación. Es en la evaluación de riesgos dónde se debe reflejar este hecho diferencial, de ahí la importancia del artículo 16.2 de la LPRL.

En dicha sentencia Ilunión Lavanderías S.A presentó demanda contra la Consejería de Economía, Empresas y Empleo de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha por sanción en materia de seguridad y salud. Se impugnaban por la parte actora la Resolución de 10. IV. 2021 de la delegada provincial en Guadalajara de la Consejería por la que se imponía una sanción a la empresa de 3000 euros. También se impugnaba la Resolución desestimatoria del oportuno recurso de alzada contra aquélla interpuesta.

Dentro de la normativa española se debe tener en cuenta la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027⁴⁵, que a su vez es un reflejo del Marco Estratégico de la Unión Europea sobre Salud y Seguridad en el Trabajo 2023-2027⁴⁶ y de los Objetivos de Desarrollo Sostenible⁴⁷. Como objetivos de estas normas se encuentran la lucha contra la discriminación de género en la gestión de seguridad y salud en el trabajo.

Es de menester poner de relieve un estudio reciente realizado por expertas en la materia que vio la luz el pasado diciembre de 2023: “Revisión jurisprudencial de las dolencias y patologías que sufren

43 Es una base de datos específica sobre riesgos para la reproducción (exposición de ambos sexos) que contiene información sobre la evaluación de riesgos ante la exposición a medicamentos, sustancias químicas, agentes físicos y agentes medioambientales (NPT 414: Reproducción: Fuentes de información, complementada y actualizada parcialmente por la NTP 612).

44 Juzgado de lo Social. Guadalajara. Fecha: 17 de septiembre de 2022. Procedimiento 49/2022. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/6d696ff1b7967641a0a8778d75e36f0d/20221108>.

45 Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027 Aprobada en Consejo de Ministros de fecha 14 de marzo de 2023, Disponible en Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo, 2023-2027 - INSST (Consulta diciembre 2023).

46 Marco Estratégico de la Unión Europea sobre Salud y Seguridad en el Trabajo 2023-2027, Disponible en Marco estratégico de la UE sobre seguridad y salud en el trabajo 2021-2027 | Safety and health at work EU-OSHA (europa.eu) (Consulta diciembre 2023).

47 ONU, Objetivos de desarrollo sostenible. Agenda 2030. Disponible en: Objetivos y metas de desarrollo sostenible - Desarrollo Sostenible (un.org) (Consulta diciembre 2023).

las camareras de piso”. Es un trabajo alineado con los objetivos de desarrollo sostenible: fin de la pobreza, salud y bienestar, igualdad de género, trabajo decente y crecimiento económico⁴⁸. Es interesante el informe elaborado por la Federación de Servicios de CCOO sobre el consumo de fármacos en camareras de piso citado en el estudio⁴⁹.

La formación y la cultura de prevención junto con los planes de prevención de riesgos laborales constituyen el punto de inflexión para que la igualdad efectiva y real en salud llegue al mercado laboral. Instrumentos esenciales dentro del plan de prevención son la evaluación de riesgos y la actividad preventiva. En suma, para detectar riesgos psicosociales relacionados con el género un buen instrumento, obligatorio para todas las empresas independientemente del número de personas trabajadoras, son los protocolos de acoso sexual y acoso por razón de sexo⁵⁰.

4. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE LEGE FERENDA

De la lectura de los anteriores apartados ya se han ido extrayendo propuestas de revisión de normativa que apuntan a la deseada consecución de la igualdad efectiva y real en salud laboral. La OIT ha realizado un gran paso con la proclamación como principio de derecho fundamental: un entorno de trabajo seguro y saludable. Esto tiene sus consecuencias en los Convenios 155 y Convenio 187 porque pasan a ser convenios fundamentales.

En fin, como conclusiones más significativas a este trabajo de investigación relacionar:

Primera: La prevención de riesgos laborales juega un papel fundamental para poder evitar los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales. En 2022 fallecieron en accidente laboral 566 personas⁵¹, son datos alarmantes que muestran que se requiere margen de mejora para poderlos evitar al máximo. Después de todo, al pasar a ser Convenios Fundamentales el núm. 155 y 187 reclaman una revisión de la LPRL. También es necesaria su revisión porque desde que se aprobó ha pasado un tiempo considerable para ser adaptada a las nuevas realidades laborales, económicas y sociales, incluido un redactado inclusivo.

48 Martínez Moreno, C., Álvarez Cuesta, H. Grau Pineda, C., Castro Franco, A. "Revisión jurisprudencial de las dolencias y patologías que sufren las camareras de piso. Propuestas para su reconocimiento como enfermedad profesional." *Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado*. Instituto de las Mujeres, Madrid, 2023 Disponible en: https://www.igualdadenaempresa.es/recursos/estudiosMonografia/docs/Jurisprudencia_EP_CamarerasPiso2023.pdf

49 Ibidem pág. 2.

50 LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. (BOE de 23 de marzo) art. 48.

51 Ministerio de Trabajo y economía social. Estadísticas. Estadística de accidente de trabajo. Disponible en https://www.mites.gob.es/es/estadisticas/condiciones_trabajo_relac_Laborales/EAT/welcome.htm# (consulta enero 2024).

Segunda: Se promueve desde estas líneas la necesidad de creación de un cuerpo de personal funcionario técnico en formación de prevención de riesgos laborales que pueda asesorar y formar a las empresas en prevención de riesgos laborales. Por añadidura, que pueda ser quien realice un plan de prevención de riesgos laborales adecuado a la empresa con la objetividad e imparcialidad que tal labor requiere con la ayuda si así fuere de las y los delegados de prevención de las empresas. Los servicios de prevención por cuenta ajena, a pesar de contar con la profesionalidad de las y los técnicos de prevención, no se puede obviar que quién los contrata y remunera es la empresa.

Tercera: Una asignatura pendiente propia de la misma evolución del mercado laboral es reformular las medidas de prevención de los riesgos laborales teniendo en cuenta la distinción biológica hombre mujer esto ayudaría a una mejor valoración de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales en perspectiva de género.

Tal y como indica la LO 3/2007 la interpretación y aplicación de la normativa se debe realizar teniendo en cuenta el elemento diferencial del género. Éste constituye un elemento importante ya que la diferencia biológica hombre mujer impide que hombres y mujeres dispongan de las mismas medidas de prevención de riesgos laborales por su diferente sintomatología clínica.

Cuarta: La necesidad acuciante de tomar conciencia de la importancia de los planes de prevención de riesgos laborales. Éstos deben evaluar los puestos de trabajo de una forma integral. Es decir, tanto teniendo en cuenta los riesgos físicos como los riesgos psicosociales y poniendo el acento si el puesto de trabajo va a ser ocupado por un hombre que por una mujer. Se reitera que la distinción biológica no puede conllevar que un mismo puesto sea evaluado igual si es hombre o mujer. En suma, los riesgos psicosociales tampoco serán los mismos por la cultura de cuidados que aun actualmente asume mayoritariamente la mujer.

5. BIBLIOGRAFÍA CITADA

Bonet Pérez, J., *Mundialización y régimen jurídico internacional del trabajo. La OIT como referente político jurídico universal*, Atelier, Barcelona, 2007.

Camas Roda, F., *Trabajo decente e inmigrantes en España: Un estudio sobre los derechos laborales de los trabajadores migrantes y del objetivo internacional del trabajo decente*, Huygens, Barcelona, 2016.

Gil y Gil, J.L., "La declaración del centenario de la OIT para el futuro del trabajo", *Revista General del derecho del trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 57, 2020.

López Insua, B.M., "Los convenios colectivos sectoriales", en A.A.V.V. (Monereo Pérez, J.L., Arias Domínguez, A., Gorelli Hernández J. y Vila Tierno, F., Dirs.), *Protección social de los trabajadores del campo en el Estado Social Autonomico: aspectos laborales y de Seguridad Social*, Laborum, 2019.

OIT. VISIBILIZAR LA DIFERENCIA BIOLÓGICA HOMBRE-MUJER: CLAVE PARA UNA REAL Y EFECTIVA SALUD LABORAL

- Martínez Moreno, C., Álvarez Cuesta, H., Grau Pineda, C. y Castro Franco, A., "Revisión jurisprudencial de las dolencias y patologías que sufren las camareras de piso. Propuestas para su reconocimiento como enfermedad profesional", *Instituto de las Mujeres. Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado*. Madrid, 2023.
- Monereo Pérez, J.L., "Derecho a la seguridad y salud en el trabajo", en A.A.V.V. (Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez J.L., Dirs.), *El sistema universal de los derechos humanos*, Comares, Granada., 2014.
- Ramos Quintana, M.I., "El futuro de las mujeres- el futuro de la humanidad: más derechos efectivos para un empoderamiento real", *Trabajo Decente para todos*, OIT Oficina para España, 2017.
- Rojo Torrecilla, E., "Notas sobre el acoso sexual en el ámbito laboral. Referencias normativas y resoluciones judiciales", *Blog: El nuevo y cambiante mundo del trabajo, una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales* 23 de noviembre de 2022.
- Sanguinetti Rayomond, W., "El Convenio 190 de la OIT sobre la violencia y el acoso y los desafíos de su aplicación por los Estados", *Editorial CISS: Trabajo y Derecho*, núm. 95, noviembre de 2022.
- Valdeolivas García, Y. y Tudela Cambronero, G., "La protección de la seguridad y salud y salud laboral en la historia de la OIT", *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social: Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 147, 2020.

HISTORIA DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO LABORAL PERUANO: EL CAMINO RECORRIDO POR LAS CONSTITUCIONES DE 1979 Y 1993*

HISTORY OF THE CONSTITUTIONALIZATION OF PERUVIAN LABOR LAW: THE PATH FOLLOWED BY THE 1979 AND 1993 CONSTITUTIONS

Brenda Isabel Murrugarra Retamozo

Investigadora

Universidad César Vallejo

brendaisabel_1995@hotmail.com ORCID [0000-0001-5057-9768](https://orcid.org/0000-0001-5057-9768)

Recepción de trabajo: 16-11-2023 - Aceptación: 19-02-2024 - Publicado: 22-03-2024

Páginas: 210-234

- 1. INTRODUCCIÓN. ■ 2. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO LABORAL.
- 3. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO LABORAL PERUANO. ■ 4. EL DERECHO LABORAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1979. ■ 5. EL DERECHO LABORAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993. ■ 6. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ Y EL DERECHO LABORAL. ■ 7. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO LABORAL PERUANO A LA LUZ DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES: CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.
- 8. CONCLUSIONES. ■ 9. BIBLIOGRAFÍA.

* Esta investigación es el resultado del análisis de la influencia que tuvieron las Constituciones de 1979 y 1993 en la constitucionalización del derecho laboral en Perú.

RESUMEN

El artículo abordó el tema de la constitucionalización del derecho laboral, mediante el análisis de las disposiciones de la Constitución de 1979 y 1993, ello a fin de sustentar la tesis de que con lo dispuesto en tales normas se consolidó, en Perú, dicho fenómeno. Igualmente, se vio cómo el Tribunal Constitucional peruano, con su jurisprudencia, había contribuido a concretar dicho proceso. Finalmente, se consideró que la constitucionalización del derecho laboral implicaba que los magistrados aplicasen el bloque de constitucionalidad en sus resoluciones a través del control de convencionalidad.

PALABRAS CLAVE: constitucionalización, derecho laboral, constitución, Tribunal Constitucional, control de convencionalidad.

ABSTRACT

The article addressed the issue of the constitutionalization of labor law by analyzing the provisions of the 1979 and 1993 Constitutions in order to support the thesis that the provisions of those laws consolidated this phenomenon in Peru. It was also seen how the Peruvian Constitutional Court, with its jurisprudence, had contributed to the realization of this process. Finally, it was considered that the constitutionalization of labor law implied that the magistrates applied the block of constitutionality in their resolutions through the control of conventionality.

KEYWORDS: constitutionalization, labor law, constitution, Constitutional Court, conventionality control.

1. INTRODUCCIÓN

El derecho laboral posee un fuerte contenido social, el cual protege a la parte más débil de la relación laboral, el trabajador. Así pues, dicha protección se ha venido dando a nivel constitucional, como ha reconocido la doctrina por medio de lo que se conoce como la constitucionalización del derecho laboral, proceso que, en Perú, se cree tuvo que ver, de manera fundamental, con dos constituciones, las que marcaron los designios de la legislación laboral en el país. De igual forma, cabe precisar que el tema de la constitucionalización del derecho laboral, abordado en esta investigación, se enfoca en atender en cómo es que en este proceso los derechos laborales fueron reconocidos en las normas fundamentales de Perú.

Por ello, la pregunta de investigación planteada para este estudio fue: ¿De qué manera se ha dado la constitucionalización del derecho laboral en Perú? Asimismo, el objetivo de esta investigación fue: Determinar de qué manera la constitucionalización del derecho laboral en Perú se produjo a partir de las Constituciones de 1979 y 1993. En cuanto a la hipótesis de la investigación, esta fue: La constitucionalización del derecho laboral en Perú se produjo a partir de las Constituciones de 1979 y 1993; ya que, según la doctrina, en la Constitución de 1979 se agregaron postulados sociales y tuitivos en materia laboral; siendo que con la Constitución peruana de 1993 se siguió dicho parámetro de constitucionalización.

La investigación se estructuró de la siguiente manera: en el capítulo uno se recogió la introducción, donde se mostró la estructuración de la investigación, en el capítulo dos se abarcó la constitucionalización del derecho laboral, lo que se dio a partir de la incorporación de dispositivos sociales en las constituciones. En el capítulo tres, se trató de la constitucionalización del derecho laboral peruano. Asimismo, en el capítulo cuatro y cinco, respectivamente, se habló de la constitucionalización del derecho laboral peruano a partir de la Constitución de 1979 y Constitución de 1993. De otro lado, en el capítulo seis se comentó el rol que el Tribunal Constitucional peruano había cumplido en la constitucionalización del derecho laboral, y la importancia de este. En el capítulo siete, se examinó la relación entre la constitucionalización del derecho laboral peruano y el control de convencionalidad, como parte del bloque de constitucionalidad. Finalmente, el artículo llegó a su fin mostrando las conclusiones derivadas en la investigación.

2. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO LABORAL

El cimiento para la constitucionalización del derecho laboral tuvo su origen al verse al derecho al trabajo como un derecho que permitía a la persona concretar su pleno desarrollo en la sociedad (tanto en su esfera personal como social). Ello se debe a que, el trabajo como derecho ayuda a obtener medios adecuados para satisfacer necesidades, propias y familiares. Empero, el derecho al trabajo también debe ser concebido como deber, porque el trabajador tiene que cumplir sus actividades,

HISTORIA DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO LABORAL PERUANO

además de que con sus labores contribuye a una mejor sociedad. Entonces, he ahí un criterio importante para su constitucionalización. Así, con la encíclica *Rerum Novarum* de 1891 fue reafirmada la función social del trabajo, concibiéndolo como un derecho y un deber que debía de ser protegido, y tal aseguramiento se daba por medio de la consignación de sus principios en las constituciones. Tal estimación del derecho del trabajo logró convertirlo en pieza clave de los derechos económicos, sociales y culturales¹.

Dicho aseguramiento constitucional del derecho al trabajo fue para proteger un derecho que a todas luces es fundamental. Todo lo contrario, hubiese supuesto seguir cometiendo arbitrariedades con los trabajadores, cuya única meta es trabajar para satisfacer sus necesidades y proveerse a él y a su familia de bienes y servicios para subsistir y realizarse personalmente; concordante con el respeto a la dignidad de los seres humanos. Ahora bien, sobre la constitucionalización del derecho laboral, es de mencionar que el derecho laboral constitucionalizado tiene tres características: (i) la aspiración de obtener un empleo, (ii) que el empleo sea el adecuado y, (iii) que se dé la existencia de una estabilidad laboral. Por ello, en el Derecho constitucional laboral, para concretar una desvinculación laboral, se requiere de garantías, y en ciertos casos, la posibilidad de reponer al trabajador² (la cual es un remedio con la meta de eliminar las consecuencias perjudiciales que se dieron como resultado de un despido ilegal, y así el trabajador vuelva a laboral en su puesto de trabajo).

Así, se tiene que a través de la constitucionalización del derecho laboral el trabajador no solo ve protegida su aspiración de conseguir un empleo adecuado, sino que luego de tenerlo, su relación laboral pueda mantenerse en el tiempo con las garantías que ofrece el Derecho constitucional; y que además el despido obedezca a los parámetros sentados por la ley y no a arbitrariedades, y es por ello que ahí entra la influencia del ámbito constitucional como aval del respeto de la dignidad humana. Y tal dignidad humana en el ámbito laboral es importante, llegando a creerse que, si las personas no tienen un trabajo decente, pueden verse limitadas en su dignidad, o el que no cuenten con empleos hace que estas no manifiesten su dignidad intrínseca³.

Prosiguiendo con este análisis, no debe dejarse de lado que la incorporación del derecho laboral se insertó en varias constituciones del mundo a mediados del siglo XX, siendo ello catalogado como la constitucionalización de los Derechos sociales. Asimismo, el derecho laboral fue acogido en ciertas declaraciones y tratados internacionales sobre Derechos humanos, siendo considerado como un derecho fundamental de las personas⁴. En tal sentido, no solo los países en su orden constitucional incluyeron al derecho laboral, sino que este también pasó a tener una importancia en el ámbito

1 Guerrón Ayala, S., *Principios Constitucionales del Derecho del Trabajo y Flexibilidad Laboral en el Ecuador*, Programa de Maestría en Derecho Económico, Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, 2001, pág. 12.

2 Sastre, R., *El derecho al trabajo*, Madrid, Trotta, 1996, págs. 231-232.

3 Vigo, F., "Repensemos el trabajo decente. Sobre lo inadecuado de este lema y los motivos por los que la dignidad del trabajo es independiente de las condiciones en las que se presta", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 10, núm. 1, 2022, pág. 88.

4 Orsini, J., "El derecho al trabajo como límite constitucional al despido injusto", *ANALES* núm. 42, 2012, pág. 367.

HISTORIA DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO LABORAL PERUANO

internacional; lo cual es razonable, si se considera que el orden constitucional de los países debe estar alineado con los preceptos del Derecho internacional de los derechos humanos.

Por otra parte, varios años atrás, incluso antes de la proclamación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, puede decirse que la constitucionalización del derecho laboral tuvo sus inicios en México, mediante la revolución triunfante de 1914, la cual permitió regulaciones sociales en dicho país. Así, en la Asamblea Constituyente mexicana de 1917, se planteó incluir en la constitución una serie de derechos mínimos para los trabajadores, evitando que los parlamentarios de ciertos Estados federados emitiesen normas de escasa protección a los operarios. Como resultado, el artículo 123º de la Constitución de México contaba con una lista de disposiciones mínimas de protección a los trabajadores, y aunque ahora modificadas, aún es expresión de garantías fundamentales para los trabajadores⁵.

Al antecedente mencionado líneas arriba, siguió Alemania con la Constitución de Weimar de 1919, donde en su sección económica se reconoció el camino de constitucionalización del derecho laboral. Ello puesto que, los principales postulados eran sobre la protección y seguridad de los trabajadores. Otros dispositivos de este texto eran relativos a la libertad sindical y la seguridad social; no obstante, la Constitución mexicana contaba con un plexo más rico en derechos. Después de ello, siguió la Constitución de Chile (1925), marcada por la constitucionalización laboral, donde se incluía la protección de la actividad laboral y la previsión social. Posteriormente, la constitucionalización del derecho laboral se vería en las demás constituciones de América Latina⁶. Con ello entonces, se constata que el fenómeno de la constitucionalización del derecho laboral no solo irradió en América Latina, sino que en Europa también se sentaron bases para la protección constitucional de este.

Todo lo expuesto sin dudas forjó el cimiento para que, más adelante, por medio de Declaración Universal de los Derechos Humanos se consignase al Derecho del trabajo como pieza clave para el desarrollo y realización del ser humano. Lo anterior porque, no ha de olvidarse que, el trabajo siempre ha estado estrechamente vinculado con la dignidad de la persona, además de ser parte de su personalidad⁷. Tal situación entonces, fue reafirmada con la consagración de aspectos relativos al derecho laboral en las constituciones antes comentadas.

Ahora bien, la constitucionalización del derecho laboral se ha dado en dos sentidos contrarios: la integración de dispositivos laborales en el plano constitucional, y la difusión dispositivos de derechos fundamentales en el ámbito laboral (esto último significa que, en las normas se recogieron derechos laborales, mas no en las Cartas Magas). Por ello, la constitucionalización del derecho laboral ha conllevado a que los derechos laborales sean reconocidos por las normas constitucionales. No obstante,

5 Hernández Álvarez, O., "Derechos y garantías constitucionales en el proceso laboral", págs. 2-3. Accesible en <https://bit.ly/3yUyx9o>

6 Arese, C., "Los derechos humanos laborales en las constituciones Latinoamericanas (el centenario de la constitución de Querétaro)", *Revista Latinoamericana de Derecho Social* núm. 25, 2017, pág. 186.

7 Horna, J., "En torno a la conceptualización del derecho laboral constitucional", *Docentia et Investigatio*, vol. 15, núm. 1, 2013, pág. 11.

HISTORIA DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO LABORAL PERUANO

hay quienes conciben la idea de que las normas constitucionales que consagran derechos fundamentales de carácter general se han proyectado en el ordenamiento laboral⁸.

En ese sentido, y con lo expresado hasta este momento, se advierte que la constitucionalización del derecho laboral se ha gestado teniendo como presupuesto que el trabajo es una labor conatural a la vida de la persona, que le permite conseguir distintos elementos materiales para subsistir, desarrollarse y progresar en la sociedad. Ejemplo de lo anterior viene a ser: el derecho al trabajo, el derecho a una remuneración mínima vital, o el de la libertad sindical. Así también, dicha concepción de tal derecho lo ubica como uno perteneciente a la categoría de los derechos fundamentales a la libertad e igualdad⁹. Es así que, el derecho laboral ha alcanzado su cúspide de protección al haber sido reconocidos aspectos fundamentales de él en las normas supremas.

Ahora bien, no ha de olvidarse que también se ha tutelado el libre ejercicio de la labor empresarial, por tanto, y de acuerdo con la Sala Constitucional de Costa Rica, el capital y el trabajo deben ejercerse libremente con los debidos márgenes de razonabilidad y proporcionalidad que proclama la Constitución. Además, las normas y demás tratados internacionales han sentado un equilibrio sobre las facultades y derechos del empleador, con preceptos favorables a los trabajadores. Lo anterior ha permitido lograr una armonía en el actuar de cada uno de ellos¹⁰.

Entonces, de lo señalado por tal "Sala" se puede deducir que los derechos de las partes de la relación laboral han merecido un reconocimiento y protección. También se ha visto el rol tuitivo hacia el trabajador, porque como bien se sabe, en términos económicos es él la parte más débil. Además, se ha dado la posibilidad de que este se sindicalice. Es preciso aclarar, asimismo, que los derechos constitucionales del trabajador tienen una especial relevancia, a razón de que el vínculo laboral cuenta con un componente específico, diferente a los demás vínculos del derecho privado, y este es "la relación de dependencia", donde un empresario ejerce un poder, reconocido por el ordenamiento jurídico, respecto a una persona. Claramente, el vínculo es uno desigual; dando un escenario para posibles atentados contra los derechos fundamentales del dependiente¹¹. Y justamente, ello es lo que se expresaba líneas arriba cuando se dijo que los derechos del empleador debían de ejercerse de forma razonable y proporcional.

Luego de haber visto que, en efecto, se ha producido una constitucionalización del derecho laboral, es preciso ver que los derechos fundamentales, en el ámbito de la legislación laboral y en el

8 Ugarte, J. L., "Derechos fundamentales en el trabajo, poder y nuevas tecnologías", *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, vol. 14, núm. 45, 2020, pág. 91.

9 Aular Viamonte, A., *Los derechos laborales en el constitucionalismo venezolano; su relación con los demás derechos fundamentales*, tesis doctoral, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Estudios a Distancia, 2013, págs. 188-189.

10 Cantillano, H., "El derecho constitucional al trabajo", *Boletín Jurídico Virtual IUSD* núm. 6, 2011, pág. 115.

11 Ugarte, J. L., "La constitucionalización del derecho del trabajo: la tutela de derechos fundamentales", *Revista Latinoamericana de Derecho Social* núm. 7, 2008, pág. 262.

marco de la constitucionalización examinada, se dividen en dos categorías: la categoría de derechos laborales constitucionales específicos y los derechos constitucionales laborales inespecíficos. Los primeros se encuentran positivizados directamente en las constituciones, recibiendo el signo de “derechos laborales”, entre ellos se encuentran; el derecho a la huelga, a la sindicalización, a la estabilidad laboral y el derecho a una remuneración mínima vital¹². Esto da a entender que en las constituciones existen disposiciones taxativas de derechos laborales.

Por otra parte, los derechos inespecíficos, si bien son derechos constitucionales, son genéricos y no esencialmente laborales. Dichos derechos pueden ser incoados por las partes de un vínculo laboral, en especial por los trabajadores. Es decir, existe una permeabilidad de lo laboral sobre los derechos constitucionales genéricos. Pero, son inespecíficos porque a pesar de ser constitucionales no solo los ejerce el trabajador, sino que también el empleador, o personas que indirectamente se relacionan al contrato de trabajo. El último supuesto puede aplicarse al caso de una trabajadora despedida o suspendida por tener que cuidar a su hija/o que padece de alguna enfermedad, aquí los derechos laborales no solo abarcan al trabajador, sino también a la hija de esta, es decir; el hijo/a de la trabajadora puede demandar la vulneración de derechos¹³.

Así entonces, en esta parte puede concluirse que el proceso de constitucionalización del derecho laboral ha sido un tema complejo pero enriquecedor, en el sentido de que ha permitido ver qué circunstancias han hecho que los derechos laborales logren tan merecido reconocimiento constitucional, en aras de dotar de una mejor protección a los trabajadores; y fijando cuáles deben ser los derechos y obligaciones que les corresponde a cada parte de la relación laboral, situación que igualmente compete a los Estados.

3. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO LABORAL PERUANO

Como en varios países de Latinoamérica, en Perú también se dio la ola de constitucionalización del derecho laboral. En dicho proceso tuvo influencia la Constitución mexicana de 1917, ello porque fue la primera que incluyó en sus dispositivos al derecho del trabajo, y seguidamente, la Constitución alemana de 1919. Ambas constituciones impulsaron a que en la Constitución peruana de 1920 se incluyeran derechos sociales al trabajo, al bienestar y la seguridad; y también en la Constitución peruana de 1933¹⁴.

12 Suárez, W., "La constitucionalización del derecho laboral y su fundamentación", *Ciencias Sociales y Educación*, vol. 7, núm. 14, 2018, pág. 114.

13 Cortés, J. C., "Los derechos inespecíficos laborales: análisis de algunas sentencias del tribunal constitucional", en Vásquez, E.(ed.), *Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional*, Academia de la Magistratura, Lima, 2004, pág. 59.

14 González, E., *Derecho al trabajo como derecho fundamental de la persona*, tesis doctoral, Escuela Universitaria de Posgrado, Universidad Nacional Federico Villarreal, 2019, págs. 27-28.

HISTORIA DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO LABORAL PERUANO

Por eso, y considerando el impacto del constitucionalismo social iniciado en países extranjeros, puede colegirse que, con la Constitución de 1920, en Perú, comenzó a gestarse con atisbos, si cabe la expresión, la constitucionalización del derecho laboral, incluyéndose en dicha Carta Magna una serie de derechos sociales de carácter laboral. Ahora bien, en la Constitución de 1920 pudo vislumbrarse algunas nociones de un Estado Social, con motivo de que en la referida Constitución fue incorporada el Título IV respecto a las garantías sociales, además de una serie de disposiciones laborales¹⁵. Justamente, de ello también puede desprenderse el impacto que trajo consigo el constitucionalismo social iniciado en México con la revolución triunfante de 1914, la cual pregonaba un mejor trato para la actividad laboral del trabajador en favor del patrón.

Ahora bien, y como se expresó, la Constitución de 1920 solo presentaba atisbos de constitucionalización, más no una amplia garantía en materia laboral. En tal sentido, si bien dicha constitución fue la primera en abarcar dispositivos laborales, también relegó a las normas el desarrollo de algunos derechos; como el de la jornada de trabajo y el salario. Asimismo, se dispuso que las controversias laborales se resolverían a través de un arbitraje obligatorio, donde la huelga no tenía lugar. De otro lado, la Constitución de 1933 sí tenía disposiciones más garantistas, aunque habían determinados sectores que contaban con más derechos que otros, generándose pleitos por equiparar los diferentes regímenes laborales¹⁶. Lo expresado en este párrafo permite aseverar dos cuestiones básicas: la primera es que, tras recién adoptarse una constitucionalización del derecho laboral, existían ciertos aspectos que no estaban adecuadamente regulados, lo segundo es que, con la Constitución de 1933 ya había algunas mejoras sobre reconocer constitucionalmente disposiciones laborales garantistas.

A fin de corroborar que, si bien con la Constitución de 1933 se mejoraron algunos aspectos, en contraposición a su antecesora, puede decirse que en la norma fundamental de 1933 hubo una tenue constitucionalización de los derechos laborales. Empero, con la Carta Magna de 1979 el Estado peruano acogió un régimen Social y Democrático de Derecho¹⁷. Así, es lógico que en las Constituciones de 1920 y 1933 no se recogiese un sistema constitucional laboral que regulará en Perú todos y cada uno de los principios constitucionales laborales; ello porque recién se tomó de inspiración de las transformaciones constitucionales en lo social.

Para mayor entendimiento del motivo por el cual la Constitución de 1979 tenía una mayor protección del derecho laboral, es necesario acotar que, si bien en la Constitución de 1920 se consagró el reconocimiento a la libertad de trabajo (artículo 46°), en aquella no se incluyó la obligación que

15 Blancas, C., *La cláusula del Estado social en la Constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2011, pág. 117.

16 Paucara, R., Almanza, L. M., Szczepansky, D. y Cueva, L. M. *Manual de derecho laboral individual*, Universidad Nacional Amazónica de Madre de Dios, Puerto Maldonado, 2021, pág. 71.

17 Landa, C., "El Derecho del Trabajo en el Perú y su proceso de constitucionalización: Análisis especial del caso de la mujer y la madre trabajadora", *THEMIS Revista de Derecho* núm. 65, 2014, pág. 224.

debía tener el Estado de promover el trabajo; limitándose a mencionar que, respecto a la organización y la seguridad del trabajo industrial, debía de crearse una legislación pertinente (artículo 47°). Entonces, puede decirse que había un carente contenido social en tal norma suprema, ello tras quedar el fomento del trabajo únicamente bajo las demás leyes, pero no a nivel constitucional¹⁸. Y, además, así como en Constitución de 1920, en la Constitución de 1933, no se recogió el derecho a la huelga y menos el derecho a adherirse a un sindicato.

En esa línea, puede aseverarse que el reconocimiento más amplio e íntegro de los derechos laborales se gestó con la Constitución de 1979, y fiel reflejo de ello fue el capítulo V. No obstante, tal protección constitucional no tuvo mayor relevancia, puesto que el Congreso no incorporó en su integridad los derechos laborales en las leyes de menor jerarquía¹⁹. Pero ha de tenerse en claro que, por más proteccionista o garantista que haya sido la Constitución de 1979, nada aseguraba que a través de la legislación especial laboral se concretará una tutela eficaz, aun existiendo un régimen Social y Democrático de Derecho imperando. Sin embargo, no se debe negar que la Constitución de 1979 acentuó un sistema más protector que su sucesora, la Constitución de 1993.

Ahora bien, en la actual Constitución de 1993 existen distintas disposiciones constitucionales sobre el derecho constitucional al trabajo. Así, se tiene a la libertad económica para trabajar (artículo 2°.15) (respetando la moral, la salud y la seguridad públicas, artículo 59°), además de ello, existe la consagración del derecho social al trabajo (artículo 22°)²⁰. Pues bien, en esta Constitución queda protegida la libertad de empresa y la del trabajador, mientras que el Estado tiene un rol promotor del empleo, más no significa que él tenga obligación de brindar puestos laborales (solo promueve políticas de empleo); lo que hace que ciertos sectores de la doctrina digan que la Constitución de 1993 posee un corte neoliberal y no social, como su predecesora.

Empero, ha de reconocerse que con la Constitución de 1993 el operario sigue conservando sus derechos fundamentales. Es más, sus facultades humanas permanecen incólumes durante el ejercicio de su labor. En otras palabras, la defensa de los derechos laborales persiste en la Constitución de 1993, con el respeto a la dignidad que es el fin máspreciado de la sociedad, aunque lo que sí existió fue un cambio de modelo económico, y por supuesto, una flexibilización de derechos laborales, cuestiones que se verán cuando se analicen las constituciones anteriormente comentadas.

18 Vidal, M., "Los derechos laborales en las constituciones peruanas", *Foro Jurídico* núm. 9, 2009, pág. 176.

19 Rivera Tantaruna, A., La vulneración de los derechos laborales por parte tribunal constitucional en aplicación del precedente vinculante del Expediente N° 5057-2013-AA/TC- Caso Huatuco, tesis de licenciatura, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Universidad Ricardo Palma, 2017, pág. 13.

20 Castillo, L., "El contenido constitucional del derecho al trabajo y el proceso de amparo", *Asesoría laboral: Revista especializada en derecho del trabajo, seguridad social y recursos humanos* núm. 167, 2004, págs. 4-5.

4. EL DERECHO LABORAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1979

El 28 de julio de 1980 entró en vigencia en Perú la Constitución de 1979, dando paso a un gobierno democrático y social de derecho. Por tal razón, se albergó un plexo de derechos de carácter constitucional (derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales). De igual forma, se brindó de estatus constitucional a los tratados supranacionales de Derechos Humanos, ratificados por el Gobierno peruano; lo que incluyó a la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), quedando sujeto Perú a la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)²¹. Los postulados normativos que siguieron a la Constitución de 1979 hacían alusión a la “dignidad de la persona”; así también, tuvo disposiciones relacionadas con la seguridad social y el trabajo, añadiéndose una serie de principios relativos al régimen económico, la propiedad y la empresa.

Cabe destacarse que, la promulgación de la Constitución de 1979 se dio en circunstancias en que los conflictos sociales estaban en un punto álgido. Una muestra de lo anterior fue la convocatoria a la Asamblea Constituyente, la cual fue llevada a cabo después de haber transcurrido nueve días del primer paro nacional que reprochaba la dictadura militar. Asimismo, una de las razones para la aprobación de esta norma suprema fue el apaciguar a las clases sociales subordinadas, que estaban protestando con el fin de que sus pedidos fuesen atendidos²². Por eso, lo que se requería era un Estado más preocupado por los derechos sociales, y por ello, se considera que esta Carta Magna abrió paso a la búsqueda de un sistema laboral con respeto a la dignidad del trabajador²³, rechazando dictaduras y señoríos que los rebajaban y no les otorgaban una adecuada protección constitucional.

Así bien, con la Constitución de 1979 los derechos laborales fueron consignados de una manera más destacada y sistemática. Es decir, a través de una configuración social se estableció perfectamente en la Constitución los derechos laborales que poseían rango constitucional²⁴, para así hacerlos merecedores de una protección no meramente legalista, sino con una protección dada por parte de la constitución.

Por tanto, y hasta este momento, desde un análisis de derechos sociales, al que pertenece el derecho laboral, su constitucionalización por medio de la Constitución de 1979 estaba asegurada; lo que es esencial para que el ser humano desarrolle su personalidad y dignidad. Por consiguiente, aquellos derechos tenían que ser respetados dentro del ordenamiento jurídico, sin apelar a su restricción o prohibición²⁵.

21 García Belaúnde, D. y Eguiguren, F., “La evolución político-constitucional del Perú 1976-2005”, *Estudios Constitucionales* núm. 2, 2008, pág. 375.

22 Chipoco, C., La constitucionalización del derecho del trabajo en el Perú, tesis de bachillerato, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1981. pág. 12.

23 Monereo Pérez, J.L., *La dignidad del trabajador: dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, Murcia, Laborum, 2019.

24 Rubio, M. y Bernaldes, E., *Perú: Constitución y Sociedad Política*, Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo, Lima, 1981.pág. 206.

25 Blancas, C., “La constitución de 1979 y el derecho del trabajo”, *Derecho PUCP* núm. 36, 1982, pág. 24.

HISTORIA DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO LABORAL PERUANO

Otro de los aspectos a destacar de la Constitución bajo análisis es que, fue con la Constitución de 1979 que por vez primera se amparó en el ámbito del derecho constitucional a los principios del derecho laboral. Todo ello, inspirado por los preceptos emanados de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), y acentuado con la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales²⁶.

Ahora bien, lo asentado en el párrafo anterior es necesario, puesto que para estudiar la constitucionalización del derecho laboral es relevante ver qué principios de esta rama del derecho fueron reconocidos en las constituciones bajo examen, ya que ellos han sido piezas claves para dicho proceso; ayudando también a sustentar la tesis inicial de la acentuada constitucionalización de tal rama del derecho en la Carta Magna de 1979. Así, en esta Constitución se consagraba el principio de irrenunciabilidad de derechos laborales y el principio "in dubio pro operario" (art. 57°). Por otra parte, en el artículo 42°, se aseguraba un trato igualitario proscribiéndose la discriminación en las relaciones laborales. Así también, un aspecto muy interesante de esta Constitución fue consignar el principio de irretroactividad benigna (art. 187°). Entonces, tales principios no hacen más que corroborar que, en efecto en tal Constitución se abordó de forma oportuna la protección al trabajo, típico de todo ordenamiento que ha vivido la constitucionalización.

Puede mencionarse que en dicha norma suprema se sentaba un conglomerado de obligaciones para el empresario, puesto que, para hablar de una verdadera constitucionalización del derecho laboral, lo más lógico es que se incluyan derechos u obligaciones de las partes de la relación laboral. De otro lado, lo que el Estado debía de hacer era lo siguiente: (i) el generar mejores condiciones económicas y sociales con la meta de impulsar el empleo, (ii) propiciar la igualdad de oportunidades sin ninguna clase de discriminación, y (iii) erradicar el contexto de pobreza y con ello darle protección al trabajador respecto a los temas que pudiesen perjudicar su situación de empleabilidad. De igual modo, un tema crucial de esta norma era la proscripción de circunstancias que frenasen el ejercicio de cualquier derecho fundamental reconocido a todo trabajador, en el marco de su vínculo laboral (principio de no regresividad). En suma, todo lo mencionado hacía alusión a que debía velarse para que la dignidad de los trabajadores no sufriera de algún menoscabo.

También, es oportuno destacar que, de acuerdo a las disposiciones de la Carta Magna anteriormente citada, era primordial que el Estado peruano otorgase "protección del trabajo". Así, en el marco de lo anterior, se dio el establecimiento de derechos individuales y colectivos, importantes al hablar de la constitucionalización del derecho laboral. De ese modo, derechos laborales tomados en cuenta por esta constitución fueron: a) el derecho a la estabilidad laboral, b) el derecho a recibir un estipendio no inferior al mínimo vital reconocido, c) el derecho a una jornada laboral, actualmente vigente d) el derecho a afiliarse o desafiliarse de un sindicato, e) el derecho a la seguridad social, f) el derecho a la huelga y g) el derecho a negociar colectivamente, entre otra serie de derechos.

26 Vidal, M., "Los derechos laborales en las constituciones peruanas", *Foro Jurídico* núm. 9, 2009, pág. 172.

Detallando más precisamente lo anterior, en la Constitución de 1979, específicamente en su artículo 48°, se reconocía el derecho a la estabilidad laboral, siendo que los motivos para despedir a un trabajador debían obedecer únicamente a las causas justas contempladas en la norma, además de requerirse su comprobación. Por ello, dicha Constitución recogía la denominada estabilidad absoluta, la que ahora no es más que una ilusión. Todo ello debe tenerse en cuenta porque, además, actualmente muchas compañías solo contratan temporalmente, y ello se debe a que en tales contratos los costos por terminación laboral son menores²⁷.

En cuanto a los derechos colectivos, la referida Constitución consagraba la facultad para que los trabajadores pudiesen sindicalizarse sin requerir permisos; y en caso de contemplarse la disolución de los sindicatos, era necesario el asentimiento de sus integrantes, o una resolución expedida en instancia final por la Corte Suprema (art. 51°). Por otra parte, la misma norma suprema proclamaba en su artículo 54° que los convenios colectivos laborales, celebrados entre las partes de la relación laboral, tenían fuerza de ley; asegurándose el derecho de negociar colectivamente, y permitiéndose el derecho de huelga, aunque no había mayor desarrollo de esta cuestión sobre este en la norma suprema (art. 55°).

Por consiguiente, a partir de lo expuesto cabe la pregunta: ¿Existió una constitucionalización del derecho laboral con la Constitución de 1979? Pues bien, la respuesta es sí, ya que la constitucionalización del derecho laboral fue acentuada de forma extensa y expresa en esta Constitución, dándosele en ella una importancia excepcional al derecho laboral²⁸. Es más, desde las Constituciones de 1920 y 1933 ya se iba abriendo paso para que el derecho laboral fuese constitucionalizado, y con la Constitución de 1979 lo que se hizo fue concretar dicho proceso de forma oportuna; dejándose ver la plena garantía que tenían los derechos de los trabajadores.

5. EL DERECHO LABORAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993

Un sector de la doctrina siempre apuntó que, al inicio del mandato de la década de los 90, las facultades reconocidas a los trabajadores en la Constitución de 1979 disminuyeron, lo cual se dejaría ver con el examen de la Constitución de 1993. Siendo ello negativo, porque lo que se debía hacer en la Constitución de 1993 era optimizar las condiciones laborales de la clase trabajadora ya reconocidas en la Constitución de 1979, y no reducirlas. Y demás está decir que, con dicho cambio constitucional otro grupo de trabajadores que resultó perjudicado fue el estatal, ello debido a que se les restringió el derecho a negociar sus convenios colectivos de trabajo, situación que no sería más que el inicio de

27 Rodríguez Sanz de Galdeano, B., "La ineficacia de la regulación legal de despido y su necesaria reconsideración a la luz de la normativa internacional", *Labos*, vol. 2, núm. 3, 2021, pág. 67.

28 Blancas, C., "El derecho al trabajo y el despido arbitrario A propósito de una sentencia del Tribunal constitucional", *Ius Et Veritas* núm. 25, 2002, pág. 270.

HISTORIA DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO LABORAL PERUANO

lo que más adelante vendría para ellos, estando actualmente limitados a convenirlos con el empleador estatal. Lo que es más complejo debido a la reciente deslaboralización generada por las recientes formas de producir y las nuevas modalidades laborales, que claramente complica aún más que los derechos colectivos puedan ser correctamente desplegados por los operarios²⁹.

Lo previamente mencionado puede confirmarse si se revisa que, en el año de 1993 con la nueva Carta Magna acogida, se redujo la regulación de los derechos laborales y sociales en comparación a lo reconocido por la Constitución de 1979. Ello bajo la premisa de que, tal regulación había surgido a fin de contar con un texto constitucional de disposiciones congruentes³⁰. Por tanto, se tiene que, si bien hubo ciertas reducciones en materia de derechos laborales en la Constitución de 1993, ello de cierta forma resultaba lógico por el establecimiento de un régimen, neoliberal. Por ello, la instauración del nuevo modelo económico del Estado desencadenó en el cambio de los preceptos constitucionales, que debían ser acordes con la línea gubernamental.

Ahora bien, de igual manera, desde que entró en vigencia la Constitución de 1993, el Estado peruano ha seguido los preceptos de un régimen neoliberal, fomentando la competitividad con un mecanismo de libre mercado; viéndose ello en la competitividad laboral y la salarial vinculada con la obtención de mano de obra por parte de los empleadores para asegurar su rendimiento. En tal contexto, el salario es concebido como mercancía dependiente a la ley de la oferta y demanda, mas no como un derecho fundamental³¹. Es por ello que, esta posición confirma la problemática acentuada de que con la Constitución vigente quedó estancado el tema de otorgar un mejor desarrollo de los derechos laborales, dejándose el tema de la remuneración relegado a una concepción técnica, y en la práctica sin tanto peso constitucional; privilegiándose la rentabilidad económica por sobre un derecho laboral, cuando ambos conceptos deben ir de la mano preponderando el factor humano.

Además de lo dicho, debe manifestarse que se cree que, con la dación de la Constitución de 1993, y con la reforma flexibilizadora de derechos laborales iniciada en la década de los noventa, Perú se convirtió en un país donde el mercado laboral era uno de los más flexibles de América Latina, y ello por ejemplo se dejaba ver con la promulgación de la Ley de Fomento del Empleo (Decreto Legislativo N° 728 de noviembre de 1991). Ante tal contexto, la situación de desempleo aumentó por la corta duración de los contratos de trabajo³². Tomando tal noción, puede referirse que entre la Constitución de 1979 y la Constitución de 1993 existió una gran brecha respecto a la constitucionalización del derecho laboral, porque en la primera Constitución se había consignado de forma más amplia los derechos sociales laborales, y con la Constitución de 1993 se retrocedió en dicho avance.

29 Moreno, J. M., "La difícil concreción de los derechos colectivos en entornos laborales digitalizados", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 10, núm. 1, 2022, pág. 158.

30 Bryce, J., *Constitución flexible y constitucionales rígidas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1988, pág. 7.

31 Quispe Rocha, E. La remuneración suficiente y remuneración mínima en la constitución política del Perú de 1993, Escuela de Posgrado, Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa, 2019, pág. 15.

32 Gamarra, L., "Rol del tribunal constitucional peruano en materia laboral y previsional", *Alternativa Financiera*, vol. 10, núm. 1, 2019, pág. 7.

HISTORIA DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO LABORAL PERUANO

Con la expresada mitigación de derechos laborales, en el ámbito constitucional, puede verse entonces que la Constitución de 1993 implicó un atraso sobre los derechos fundamentales laborales, a razón de que en el transcurso del Gobierno del ex presidente Alberto Fujimori se produjo un debilitamiento considerable de tales derechos. Tal situación perjudicó el aumento de las remuneraciones y la optimización de las condiciones laborales³³. Esto también puede servir de crítica, desde la óptica del principio de progresividad, es decir; si ya un Estado ha reconocido determinados derechos, a los cuales se le ha otorgado protección, lo que correspondía después era seguir reforzando dicha protección asignada.

No obstante, a lo esgrimido hasta este momento, también puede decirse que la Constitución de 1979 carecía de elocuencia, en cambio la Constitución de 1993 conjuga; (i) flexibilidad, (ii) tecnicismo, (iii) liberalismo. Además, la Constitución de 1993 respeta los postulados del derecho laboral protector, reconoce los derechos laborales colectivos y fomenta su desarrollo democrático³⁴. Es decir, debido a que el modelo económico acogido por la Constitución de 1993 era ciertamente equidistante al de su predecesora, lo más lógico era que en materia social también se apreciaran cambios, teniendo la Constitución bajo examen un corte más liberal.

Empero, no puede negarse que en el marco de la Constitución de 1993 también hubo novedades, como el surgimiento del sistema de pensiones privado. Ahora bien, y como referencia de que en efecto no todo era esquivo, si bien la Constitución de 1993 redujo derechos laborales, estos no fueron anulados. Aunque tal aminoración menoscabó los postulados mínimos del ordenamiento laboral³⁵. Puede agregarse también que, dicha reducción no era más que lo que se comentaba respecto a la flexibilización de los derechos laborales, y un claro ejemplo de ello fue lo consignado en el artículo 27° de la Constitución de 1993; puesto que este dispositivo hace alusión a que es la ley la que otorga al trabajador la "protección adecuada frente al despido arbitrario", mas no la Constitución, situación que dista notablemente de lo referido por medio de la Constitución de 1979. Es más, debe de agregarse que justamente con la actual Constitución ya no se está ante una estabilidad absoluta, sino una estabilidad laboral relativa.

Pese a lo estipulado, lo que sí no puede obviarse es que al igual que con la Constitución de 1979, la Constitución de 1993 siguió el proceso de constitucionalización del derecho laboral. Una prueba de lo anterior es que la vigente Carta Magna consagra el derecho a la igualdad en materia laboral (artículo 26°), específicamente lo relativo al derecho a la igualdad de oportunidades, teniendo además los derechos laborales carácter de irrenunciables. En cuanto a los derechos colectivos, la constitución vigente reconoce el derecho a sindicalizarse, celebrar acuerdos colectivos y hacer ejercicio del derecho a la huelga (artículo 28°), tal como su predecesora. Por tanto, y pese a algunas limitaciones,

33 Landa Arroyo, C., "La constitucionalización del Derecho peruano", *Derecho PUCP* núm. 71, 2013, pág. 30.

34 Pasco, M. "El Trabajo en la Constitución", *Ius et Veritas* núm. 7, 1993, pág. 27.

35 Zúñiga, M. Á., "Flexibilización laboral en la constitución de 1993", *Revista Postgrado Scientiarvm*, vol. 3, núm. 2, 2017, pág. 46.

puede expresarse que el que se haya hecho énfasis a nivel constitucional sobre aspectos fundamentales del derecho laboral en la Constitución de 1993, confirma la tesis de que la constitucionalización del derecho laboral prosiguió en esta constitución.

6. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ Y EL DERECHO LABORAL

Lo descrito, sobre los modelos propugnados por cada una de las constituciones bajo análisis, desencadenó que a lo largo de este tiempo el Tribunal Constitucional de Perú haya emitido pronunciamientos que establezcan precisiones sobre ciertos temas controversiales en materia laboral. Así bien, no ha de negarse tampoco que ello ha ocasionado el delimitar acuciosamente los derechos y deberes constitucionales que deben observar los sujetos de la relación de trabajo, aunque la jurisprudencia es dispar. Y ha de precisarse que, la única finalidad de aquella labor del supremo intérprete de la Constitución ha sido crear una seguridad jurídica, que por lo visto no ha podido ser incorporada mediante el marco constitucional ni con la normativa laboral especial. Asimismo, ha de considerarse que la adopción de los parámetros fijados por las sentencias del Tribunal Constitucional se presenta como un aval ante posibles cuestionamientos legales que se puedan presentar más adelante ante el propio Tribunal³⁶.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional peruano ha desempeñado una labor de recomposición del sistema laboral de Perú, volviendo a instaurar interpretativamente los niveles de protección en muchos de los derechos laborales, aquellos que fueron reducidos por la normativa³⁷. Entonces, cabe aquí la pregunta ¿Cómo se logra establecer una adecuada tutela, en general, de los derechos laborales en un orden constitucional?, Como premisa puede tenerse el hecho de que los tribunales han desempeñado una labor más axiológica y principista.

Para lo anterior, además, lo esencial ha sido considerar al principio de progresividad y no regresividad de derechos. Aplicar tal principio en el derecho laboral supondría decir que, el Estado es el llamado a implementar una serie de constantes mejoras sobre el cúmulo de facultades propias a los obreros, encontrándose proscritas las disposiciones que atenten contra los derechos laborales y las mejoras aplicadas a estos. Así, examinando el referido principio, lo imperioso es señalar que con su aplicación y observancia se destierren preceptos o lineamientos que limiten de una manera injusta los derechos laborales, o aquellos criterios cuya vocación sea suprimirlos.

Para dar sustento a la trascendencia del Tribunal Constitucional en la constitucionalización del derecho laboral, debe expresarse que, en los cimientos constitucionales del derecho laboral, el Tribunal

36 Pérez de los Cobos, F., "Sobre el papel de la ley en la ponderación de los derechos fundamentales en conflicto", *Labos*, vol. 2, núm. 3, 2021, pág. 13.

37 Boza, G., "Surgimiento, evolución y consolidación del Derecho del Trabajo", *THEMIS Revista de Derecho* núm. 65, 2014, pág. 71.

HISTORIA DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO LABORAL PERUANO

Constitucional ha cumplido un papel primordial, ello por su función modeladora, interpretativa y de aplicación de la Constitución. Es más, la tarea interpretativa del Tribunal Constitucional es acuciosa, teniendo que darse de acuerdo al contexto social y a la labor que el Parlamento efectúe en determinadas circunstancias. Asimismo, el Tribunal Constitucional, por el alto rango que posee, tiene que ser el más preocupado en el control social que sus resoluciones reciben, y por ello, sus decisiones tienden a brindar explicaciones destacadas³⁸. Así pues, la tarea que desempeña este órgano es relevante, puesto que los pronunciamientos que expide son sobre derechos fundamentales, siendo una instancia extraordinaria a la cual se llega solo si se cumplen determinados requisitos de la norma (por ejemplo, el proceso de amparo en Perú), y a razón de la importancia de sus pronunciamientos, que pueden tener contenido vinculante para futuros casos, el Tribunal Constitucional está sujeto al escrutinio público, y por tanto, sus resoluciones deben ser especialmente motivadas.

Igualmente, ha de verse que las dilucidaciones efectuadas por el Tribunal Constitucional de Perú, sobre los casos laborales que llegan a su conocimiento, han constituido parámetros esenciales para interpretar cómo ciertos derechos laborales de carácter individual y colectivo han de ser concebidos. Entonces, a fin de ver porqué el derecho laboral se ha constitucionalizado, será relevante ver la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Perú, que a través de ciertos análisis ha ido pronunciándose sobre dichos derechos, para así brindar soluciones a los conflictos laborales que se presentaban por la interpretación de normas en materia de trabajo, o simplemente porque era necesario optimizar el contenido de dichos derechos.

Respecto al derecho a la libertad de trabajo, el Tribunal Constitucional de Perú manifestó que este está constituido por el derecho que tiene todo operario a: i) concretar su vocación y desenvolverse en sus labores, ii) elegir libremente trabajar, iii) decidir si acepta o declina un puesto de trabajo, así como iv) tener otro empleo³⁹. Igualmente, sobre el reconocimiento del derecho al trabajo, expresó que en el artículo 22° de la Constitución Política de Perú este posee dos componentes: i) el acceso a un puesto laboral, y ii) que el despido debía darse solo cuando exista una causa justa⁴⁰.

Por otro lado, sobre la igualdad y no discriminación en el trabajo, el supremo intérprete de la Constitución pronunció que para que la igualdad esté protegida deben darse dos criterios: i) semejanza, homogeneidad e identidad de concesión de derechos frente a hechos, premisas o eventos similares, y b) semejanza, homogeneidad e identidad del vínculo intersubjetivo para personas en posiciones semejantes. Entonces, la igualdad es un derecho esencial del ser humano, proscribiéndose cualquier discriminación jurídica; es decir, evitar el trato diferente a otros que están en circunstancias similares, a menos que exista objetiva y razonablemente justificación⁴¹. Por ello, se debe apuntar que se debía de alcanzar una igualdad ante la ley, en el que las personas tengan igualdad

38 Álvarez de la Rosa, M. y Cairós, D. María, "Las bases constitucionales del derecho del trabajo", *Anales de la Facultad de Derecho* núm. 16, 1999, pág. 42.

39 Caso Víctor Raúl Escobar Fernández, de 06 de diciembre de 2005, Tribunal Constitucional de Perú (Exp. N° 4058-2004-AA/TC), Fundamento jurídico 5°.

40 Caso Edgard Jorge Peralta Arapa, de 22 de octubre de 2012, Tribunal Constitucional de Perú (Exp. N° 00263-2012-AA/TC), Fundamento jurídico 3°.

41 Caso José Andrés Ruiz Vásquez y otros, 31 de marzo de 2004, Tribunal Constitucional de Perú (Exp. N° 2510-2002-AA/TC), Fundamento jurídico 2°.

HISTORIA DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO LABORAL PERUANO

de oportunidades, además de que en los ordenamientos jurídicos se tenga una protección adecuada ante dicha discriminación⁴².

Otro de los temas relevantes pronunciados por parte del Tribunal Constitucional de Perú fue el de las jornadas laborales atípicas, estableciendo que a fin de que se efectivice el derecho al descanso, las jornadas deben clasificarse como atípicas bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad, de acuerdo al tipo de labor⁴³. Ahora, en relación al tema del salario, la Corte Constitucional emitió un criterio estableciendo cómo debía entenderse el "salario equitativo" (artículo 24° de la Constitución Política de Perú), el cual supone no someterlo a distinciones arbitrarias que sean discriminatorias, de acuerdo al artículo 2°.2 de la misma norma. Además, el quantum del salario debe tener un parámetro mínimo, por medio del Estado, o por autonomía colectiva, a fin de salvaguardar el derecho a la dignidad⁴⁴.

Por otra parte, uno de los criterios más sonados del Tribunal Constitucional de Perú fue el del despido arbitrario, del cual señaló que la manera más adecuada de brindar protección frente a ello era con la reposición. En tal caso, el supremo intérprete de la constitución hizo énfasis que el hecho de que el artículo 34° del Decreto Supremo N.º 003-97-TR solo previese como único medio de reparación la indemnización, contradecía el contenido fundamental del derecho del trabajo (referido a que el despido únicamente debe darse por causa justa)⁴⁵. No obstante, ahora en la legislación peruana el solicitar una medida como la reposición solo obedece a algunos tipos de despido y bajo determinados procesos. Por ello, el tema de la causalidad en la desvinculación laboral tiene un rol muy trascendental, puesto que precisa la magnitud con la que se desea mantener el puesto de trabajo, en caso contrario lo que podría operar en ciertos casos es la indemnización por despido arbitrario⁴⁶.

Siguiendo con la misma perspectiva, los derechos laborales de carácter colectivo también han sido objeto de pronunciamientos por parte del Tribunal Constitucional de Perú, lo que igualmente sirve para sustentar la constitucionalización del derecho laboral. Así bien, en cuanto al derecho a la libertad sindical, el supremo intérprete de la Constitución manifestó que este tiene como meta proteger a los dirigentes sindicales para que desarrollen sus actividades sindicales tales como: el derecho a reunirse con sus sindicatos, velar por los beneficios de los operarios sindicalizados, y representar a sus integrantes en procedimientos administrativos y judiciales. Por añadidura, el derecho de

42 Sánchez-Girón, B., "Los elementos delimitadores de la discriminación por asociación", *Labos*, vol. 2, núm. 3, 2021, pág. 124.

43 Caso Sindicato de trabajadores Toquepala y anexos, de 17 de abril de 2006, Tribunal Constitucional de Perú (Exp. N.º 4635-2004-AA/TC), Fundamento jurídico 3º.

44 Caso Walter Flores Infante, de 06 de marzo de 2018, Tribunal Constitucional de Perú (Exp. N.º 01153-2017-PA/TC), Fundamento jurídico 6º.

45 Caso Sindicato unitario de trabajadores de telefónica del Perú S.A. y Fetratel, de 11 de julio de 2002, Tribunal Constitucional de Perú (Exp. N.º 1124-2001-AA/TC), Fundamento jurídico 12º.

46 Beltrán De Heredia, I., "Valor social del trabajo y el despido injustificado "agravado": la indemnización complementaria a la legal tasada como instrumento de "disuasión marginal", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 10, núm. 1, 2022, pág. 42.

HISTORIA DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO LABORAL PERUANO

sindicación permite un mejor desempeño para negociar convenios colectivos y ejercer el derecho de huelga⁴⁷.

En relación al derecho a la negociación colectiva, fue esgrimido que está garantizado en el artículo 28° de la Constitución, y que el Estado tiene la obligación de fomentarla e impulsarla, así como promover otros medios que resuelvan las controversias laborales pacíficamente. Lo mencionado es esencial en un Estado Social y Democrático de Derecho, a fin de fortalecer las actividades sindicales. De igual modo, es de decirse que este derecho implica: a) la libertad para negociar, y b) la libertad para convenir⁴⁸.

Finalmente, en relación al derecho a la huelga, la autoridad constitucional ha expresado que, el trabajador puede dejar de realizar, temporalmente, las labores a las que está obligado, ello para conseguir algún provecho de su empleador sobre temas socioeconómicos o laborales. Este derecho no posee una meta por sí solo, únicamente es un medio para conseguir objetivos vinculados a los intereses de los trabajadores, y el ejercicio de este derecho de huelga es luego de agotado el procedimiento de negociación directa con el empleador⁴⁹.

Debe destacarse que, lo referido a la libertad sindical es un tema interesante, puesto que, si se evalúa lo consignado en la Constitución de 1993, se entenderá el motivo por el cual ha merecido la opinión del Tribunal Constitucional del Perú. Así, en la Constitución de 1993 solamente se aludía a la garantía que el Estado de Perú otorga a la libertad sindical, no obstante, no se aprecia mayor precisión sobre su contenido, las restricciones que puede tener o su modo de ejercicio⁵⁰. De ello puede referirse que, en la norma suprema no se ha hecho un mayor desarrollo de este derecho, los mecanismos con los cuales los trabajadores pueden ejercerlo; siendo que ello ha dejado siempre dudas. Entonces, también puede señalarse que, ante la incertidumbre que se genere por este y otros derechos laborales, el Tribunal Constitucional, con su jurisprudencia, se encargará de suplir tales vacíos.

Hasta este momento, entonces, puede concluirse que el cambio de la Constitución Política de 1979 hacia la Constitución Política de 1993, ha requerido de una armonía por parte del Tribunal Constitucional del Perú, labor que le ha correspondido como máximo intérprete de la norma suprema. Es así que, el panorama para el respeto y protección de los derechos laborales se ha hecho más claro gracias a las sentencias del Tribunal Constitucional peruano, concretándose así también la constitucionalización del derecho laboral.

47 Caso Sindicato de trabajadores Mineros de Atacocha, de 05 de enero de 2006, Tribunal Constitucional de Perú (Exp. N° 03311-2005-P A/TC), Fundamento jurídico 7°.

48 Caso América Móvil Perú SAC., de 01 de julio de 2016, Tribunal Constitucional del Perú (Exp. N° 06518-2013-PA/TC, Fundamento jurídico 6°.

49 Caso Sindicato unificado de trabajadores de SPCC- ILO., de 28 de octubre de 2010, Tribunal Constitucional de Perú (Exp. N° 02211-2009-PA/TC), Fundamento jurídico 12°.

50 Toyama, J. y Merzthal, M., "La Libertad Sindical en el Perú: Una Revisión a su Desarrollo Jurisprudencial", *Derecho & Sociedad* núm. 40, 2013, pág. 90.

7. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO LABORAL PERUANO A LA LUZ DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES: CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Anteriormente se vio cómo la Constitución de Querétaro de 1917 y la Constitución de Weimar de 1920 abrieron paso para la constitucionalización del derecho laboral en el mundo. No obstante, terminado el periodo de la segunda Guerra Mundial, se expidieron instrumentos sobre el reconocimiento y protección de los derechos laborales a nivel internacional. Y, ¿Cuál era la meta de tales normas? Pues, que los Estados pudiesen introducir en sus legislaciones las disposiciones de dichos documentos.

Perú, como es claro, no fue la excepción a dicha ola de reconocimiento y protección de derechos laborales, por ello, a lo largo del tiempo se encargó de ratificar una serie de tratados y convenios sobre derechos fundamentales, que incluían a los derechos laborales. Frente a ello, es imperioso señalar que ante cualquier acto que pretenda atentar o transgredir los derechos laborales, se tendrá que observar no solo lo dispuesto en la Constitución peruana (donde los derechos laborales han sido parte del proceso de constitucionalización), sino que además se tendrá que considerar lo recogido en las otras normas nacionales, y lo consagrado en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (bloque de constitucionalidad). Todo aquello a razón de que, Perú está adscrito a una serie de tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos, y que en este caso particular también incluye al derecho laboral.

Habiendo hecho esa introducción, es pertinente examinar cuáles son los tratados y/o convenios suscritos por el Perú en los que se reconocen y protegen los derechos laborales, y que el país está obligado a respetar. Así, viene lo primigeniamente prescrito en el artículo 23° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, donde se refiere que el ser humanos tiene derecho a trabajar en condiciones dignas y sin discriminación, y a tener una remuneración justa, aunándose la posibilidad de organizarse colectivamente en sindicatos (pleno reconocimiento que ha podido apreciarse en la Constitución de 1979 y en la actual Constitución de 1993).

De igual modo, se tiene lo expresado en el artículo 6° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (P.I.D.E.S.C.), por el que los Estados miembros (incluido el Perú) reconocen el derecho al trabajo, siendo que cada persona tiene la oportunidad de conseguir un sustento de forma libre para su vida; y los Estados tienen la obligación de adoptar medidas para asegurar tal derecho. Asimismo, se expresa que los Estados, como el Perú, deben de implementar las providencias necesarias para lo previamente señalado, entre las cuales se encuentran las normas y programas tendientes a lograr el progreso económico, social y cultural permanente (con lo cual se podrá garantizar la ocupación completa y productiva que respete la dignidad humana). Finalmente, otros aspectos importantes reconocidos por este instrumento, y que el Perú ha ido implementando progresivamente en su legislación, son los asuntos relativos a la remuneración equitativa, seguridad e higiene laboral y el descanso, entre otros (artículo 7°).

HISTORIA DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO LABORAL PERUANO

Otro de los documentos importantes ratificados por el Perú, y que le tiene que servir como línea de base para optimizar su legislación laboral, es la CADH, que por ejemplo mediante su artículo 6° hace hincapié en la prohibición a los países para que en sus ordenamientos jurídicos se ejecuten trabajos forzosos. Puesto que, lo contrario, afectaría la dignidad de las personas, y justamente por ello en la propia Constitución peruana se ha visto la consagración del derecho a la libertad de trabajo, pero por sobre todo el respeto a la dignidad (implicando que ninguna persona trabajadora debe de ejercer actividades laborales que menoscaben su integridad). En adición a ello, y a fin de diferenciar qué es el trabajo forzoso, algo importante que destaca la CADH es la enunciación de qué actividades están fuera de ese ámbito, es decir; actividades que según su naturaleza no constituyen trabajo forzoso, como, por ejemplo: los trabajos encomendados a una persona en el marco del cumplimiento de una sentencia expedida por el poder judicial, situación que se ajusta a la normativa constitucional y legal del Perú.

Lo propio sobre la libertad de trabajar con dignidad, y por ende proscripción de cualquier forma de trabajo forzado, que está consignado en el "Protocolo de San Salvador", en cuyo artículo 6° se establece la importancia de que toda persona cuente con la oportunidad de realizar sus labores con una actividad libremente elegida. Así también, se hace énfasis en la obligación de los Estados para adoptar medidas necesarias que aseguren la promoción laboral, que coadyuven al sostén familiar y que tiendan a garantizar la labor de la madre trabajadora (igualdad de oportunidades, artículo 26° de la Constitución de 1993); línea en la que afortunadamente se ha venido encaminando el Perú a través de su legislación especial en materia laboral.

Entonces, se ha podido apreciar la innegable relevancia del derecho al trabajo como un derecho humano; ello radicando claro está en su reconocimiento y protección explícita por parte de las normas internacionales descritas líneas arriba. Igualmente, tal circunstancia puede ser vista por medio de la serie de convenios emitidos por la Organización Internacional del Trabajo (OIT); y que en su mayoría han sido ratificados por el Perú, y puede decirse que ello ha sido como fundamento de la constitucionalización del derecho laboral del cual se ha venido hablando, pues no ha de olvidarse que el derecho al trabajo es un derecho fundamental.

De igual manera, es de suma importancia mencionar que debido a esta serie de instrumentos internacionales que contienen disposiciones en materia laboral, se ha hecho de igual manera creciente el acogimiento del control de convencionalidad en materia de derechos humanos, lo que abarca, asimismo, a los derechos laborales. Así, desde esa perspectiva será adecuado ver qué es lo que se entiende por aquel control y cómo es que impacta en los derechos laborales. Pues bien, el control de convencionalidad internacional es el ejercido por la CIDH, que mediante sus resoluciones aplicadas a casos concretos exhorta las normas que se emplearon en tales países, por ser contrarias a la CADH⁵¹. En otras palabras, la CIDH inaplica las normas usadas por la judicatura de cada nación que resolvió un caso, ello por no ajustarse a los parámetros en derechos humanos fijados en la propia CADH.

51 Nash, C., "Control de convencionalidad: Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, 2013, pág. 491.

Empero, y lo que no ha de dejarse de lado es que también existe el control de convencionalidad interno, lo que implica que, si un Estado miembro de la CADH ha ratificado un Tratado internacional, sus magistrados al pronunciarse sobre un caso en sus países tienen el deber de inaplicar cualquier norma interna que trasgreda los postulados de la CADH. No obstante, ello no solo implica que los jueces nacionales consideren las disposiciones de la CADH al usar el control de convencionalidad interno, sino que además tiene que tomar en cuenta los pronunciamientos expedidos por la CIDH⁵². Lo expuesto, de igual forma, trae a la palestra el hecho de hacer notar que las sentencias que emite la CIDH están por encima de lo pronunciado por el Tribunal Constitucional de Perú, siendo que las primeras tienen la posibilidad de dejar sin efecto alguno a las segundas. Por ello, los pronunciamientos en derechos humanos que efectúe el Tribunal Constitucional, por medio de su control de constitucionalidad, deben darse en concordancia con las interpretaciones emitidas por la CIDH⁵³.

He ahí la relevancia de los tratados y convenios que el Perú ha firmado en materia de derechos humanos, lo cual hace a la vez que toda la judicatura nacional, al momento de dictar sus sentencias, no solo armonice las disposiciones constitucionales, precedentes jurisprudenciales del Tribunal Constitucional o normas nacionales en materia laboral, sino también que acoja los criterios de dichos documentos internacionales y los pronunciamientos que emitan las instancias veladoras de aquellos. Lo anterior a razón de que el desobedecimiento de aquello puede hacer que el Perú incurra en responsabilidades internacionales. Por tanto, es obligación de cada juez nacional cuidar la aplicación de dicho control. Al respecto, en el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral del año 2021, se acordó por mayoría que los magistrados tenían que aplicar el control de convencionalidad respecto a indemnizaciones derivadas de impugnaciones de finalización de vínculos laborales colectivos que hubiesen sido dictados por el Estado⁵⁴. Es así pues que, no hay excusa para que los magistrados peruanos no observen los compromisos internacionales en materia de derechos humanos de los que el país es parte, lo que a su vez permitirá mejorar también a nivel judicial la protección del trabajador.

En cuanto al control de convencionalidad internacional, será relevante ver cómo a través de ciertos casos la CIDH ha hecho empleo de este. Por ejemplo, se tiene el Caso Lagos del Campo Vs. Perú, que es un buen ejemplo de cómo en materia laboral se ha empleado dicho mecanismo. Siendo que en este caso la CIDH ejerció el control estableciendo la responsabilidad del Estado del Perú por no haber tutelado el derecho a la estabilidad laboral (en el sector privado). Para emitir su resolución, la CIDH partió de la interpretación ejercida respecto del artículo 26° de la CADH, concluyéndose que, frente a un despido arbitrario por una compañía, el Estado peruano no había fijado las herramientas

52 Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, Corte Interamericana de Derechos Humanos (Serie C N°154, 2006), párr. 124.

53 Castillo, L., "Control de convencionalidad (Derecho constitucional)", en Álvarez, M. y Cippitani, R. (Coord.), *Diccionario analítico de derechos humanos e integración jurídica*, ISEG, México, 2013, pág. 8.

54 Acuerdos del pleno jurisdiccional nacional laboral y procesal laboral, de 26 de marzo de 2021, Poder Judicial de Perú, p. 2.

HISTORIA DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO LABORAL PERUANO

adecuadas para tutelar al operario, por el contrario, toleró la vejación de sus derechos, al no reintegrarlo en su puesto de trabajo ni brindarle una indemnización⁵⁵.

Otro de los casos en que la CIDH aplicó un control de convencionalidad fue en el caso *Canales Huapaya y otros vs. Perú*, donde el Estado peruano no tuvo una correcta ni efectiva respuesta judicial ante los despidos de los trabajadores que fungían como funcionarios permanentes del Congreso peruano. La Corte estableció medidas reparatorias como una indemnización compensatoria⁵⁶. Asimismo, en el caso *trabajadores cesados de Petroperú y otros vs. Perú*, también se ejerció dicho control, donde se demandaba al Estado peruano por la vulneración de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial de trabajadores de Petroperú, el MEF y ENAPU. En este caso, por ejemplo, se dispuso que se les otorgasen a las víctimas los montos correspondientes a los aportes pensionales no ingresados a su patrimonio como resultado de sus despidos⁵⁷. En esa misma línea, en el caso *Abrill Alosilla y otros vs. Perú*, la CIDH determinó que el Estado peruano debía realizar, por ejemplo, un pago indemnizatorio por daños inmateriales a los trabajadores de SEDAPAL, por lo cual fue encontrado responsable internacionalmente⁵⁸. Ahora bien, la CIDH también encontró al Estado de Panamá responsable internacionalmente por la desvinculación laboral de 270 trabajadores públicos, y por no haberse dado un debido proceso que amparase sus reclamos, reconociéndoseles a los trabajadores indemnizaciones (solo en el caso de que no pudiesen ser repuestos, de acuerdo a la legislación de dicho país)⁵⁹.

En suma, lo que se ha podido valorar a partir del examen de los documentos internacionales de protección de derechos laborales, y lo propio a partir de la competencia de la CIDH en diversos casos en los que se ejerció el control de convencionalidad, es que; estos han servido para dotar a aquellos derechos laborales de la defensa que, en muchos casos, a nivel interno no tenían. Por ejemplo, si bien en Perú ha surgido una ola de constitucionalización del derecho laboral, aún existen aspectos por mejorar, como el tema de la concepción flexibilizadora del derecho laboral surgida como consecuencia de la dación de la Constitución de 1993; o también a fin de acentuar la defensa de los derechos laborales a nivel procesal laboral para que los jueces laborales, al resolver los casos concretos, no se queden en el mero recuento de las normas nacionales, sino que utilicen adecuadamente, como respaldo de sus resoluciones, los tratados y convenios internacionales que reconocen derechos laborales (considerando además los pronunciamientos que la CIDH efectúa a través del control de convencionalidad).

55 Caso *Lagos del Campo Vs. Perú*, de 31 de agosto de 2017, Corte Interamericana de Derechos Humanos (Serie C No. 340), párr. 151.

56 Caso *Canales Huapaya y otros Vs. Perú*, de 24 de junio de 2015, Corte Interamericana de Derechos Humanos (Serie C No. 296), párr. 194.

57 Caso *trabajadores cesados de PETROPERÚ y otros Vs. Perú*, de 23 de noviembre de 2017, Corte Interamericana de Derechos Humanos (Serie C No. 344), párr. 218.

58 Caso *Abrill Alosilla y otros Vs. Perú*, de 04 de marzo de 2011, Corte Interamericana de Derechos Humanos (Serie C No. 296), párr. 132.

59 Caso *Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*, de 2 de febrero de 2001, Corte Interamericana de Derechos Humanos (Serie C No. 72), párr. 214.

8. CONCLUSIONES

La constitucionalización del derecho laboral se ha gestado a raíz del reconocimiento que se hizo de varios derechos laborales en las diversas constituciones del mundo, siendo ello producto de las luchas sociales que tuvieron origen en México, y que posteriormente irradiaron en Europa y en países de América latina. Así pues, en las Cartas Magnas se fijaron una serie de derechos sociales laborales para proteger al trabajador, sin dejar de lado los derechos y obligaciones del empleador; reconociéndose así la importancia de que el trabajo es un derecho que merece protección constitucional por permitir al operario vivir con dignidad.

En Perú, el proceso de constitucionalización del derecho laboral se dio efectivamente con la Constitución de 1979 y la Constitución de 1993, y aunque algo equidistantes los postulados propugnados por ellas, no puede negarse que la inclusión de los derechos laborales dentro de sus textos concretó el proceso de constitucionalización del derecho laboral en el país. Ya después, el Tribunal Constitucional peruano, con sus pronunciamientos, fijó parámetros sobre diversos derechos laborales que las normas no regulaban de manera adecuada.

Se ha visto que, además de los controles constitucionales que puedan hacer los jueces peruanos, en materia de derechos laborales, aquellos no pueden olvidarse de aplicar un control de convencionalidad interno en cada una de sus resoluciones. Lo mencionado porque, el Estado peruano se ha adscrito a diversos tratados sobre la materia, y por tanto, es deber de dichos magistrados aplicar cada uno de ellos, así como los pronunciamientos de la CIDH, de otra forma estos casos podrían ser llevados ante la instancia internacional, la cual empleará su control de convencionalidad internacional, y si determinará si hubo o no una violación de derechos laborales en el ordenamiento jurídico peruano. La inobservancia de sus documentos internacionales, podría terminar con una serie de responsabilidades internacionales para el país.

9. BIBLIOGRAFÍA

Álvarez de la Rosa, M. y Cairós, D. María., "Las bases constitucionales del derecho del trabajo", *Anales de la Facultad de Derecho* núm. 16, 1999, págs. 33-43.

Arese, C., "Los derechos humanos laborales en las constituciones Latinoamericanas (el centenario de la constitución de Querétaro)", *Revista Latinoamericana de Derecho Social* núm. 25, 2017, págs. 183-202.

Aular Viamonte, A., *Los derechos laborales en el constitucionalismo venezolano; su relación con los demás derechos fundamentales*, tesis doctoral, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Estudios a Distancia, 2013.

Beltrán De Heredia, I., "Valor social del trabajo y el despido injustificado "agravado": la indemnización complementaria a la legal tasada como instrumento de "disuasión marginal", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 10, núm. 1, 2022, págs. 69-112.

HISTORIA DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO LABORAL PERUANO

- Blancas, C., "La constitución de 1979 y el derecho del trabajo", *Derecho PUCP* núm. 36, 1982, págs. 7-53.
- Blancas, C., "El derecho al trabajo y el despido arbitrario A propósito de una sentencia del Tribunal constitucional", *Ius Et Veritas* núm. 25, 2002, págs. 268-280.
- Blancas, C., *La cláusula del Estado social en la Constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2011.
- Boza, G., "Surgimiento, evolución y consolidación del Derecho del Trabajo", *THEMIS Revista de Derecho* núm. 65, 2014, págs. 13-26.
- Bryce, J., *Constitución flexible y constitucionales rígidas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1988.
- Cantillano, H., "El derecho constitucional al trabajo", *Boletín Jurídico Virtual IUSD* núm. 6, 2011, págs. 110-133.
- Castillo, L., "El contenido constitucional del derecho al trabajo y el proceso de amparo", *Asesoría laboral: Revista especializada en derecho del trabajo, seguridad social y recursos humanos* núm. 167, 2004, págs. 9-14.
- Castillo, L., "Control de convencionalidad (Derecho constitucional)", en Álvarez, M. y Cippitani, R. (Coord.), *Diccionario analítico de derechos humanos e integración jurídica*, ISEG, México, 2013, págs. 81-87.
- Chipoco, C., La constitucionalización del derecho del trabajo en el Perú, tesis de bachillerato, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1981.
- Cortés, J. C., "Los derechos inespecíficos laborales: análisis de algunas sentencias del tribunal constitucional", en Vásquez, E. (ed.), *Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional*, Academia de la Magistratura, Lima, 2004, págs. 57-75.
- Gamarra, L., "Rol del tribunal constitucional peruano en materia laboral y previsional", *Alternativa Financiera*, vol. 10, núm. 1, 2019, págs. 1-20.
- García Belaúnde, D. y Eguiguren, F., "La evolución político-constitucional del Perú 1976-2005", *Estudios Constitucionales* núm. 2, 2008, págs. 371-398.
- González, E., Derecho al trabajo como derecho fundamental de la persona, tesis doctoral, Escuela Universitaria de Posgrado, Universidad Nacional Federico Villarreal, 2019.
- Guerrón Ayala, S., Principios Constitucionales del Derecho del Trabajo y Flexibilidad Laboral en el Ecuador, Programa de Maestría en Derecho Económico, Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, 2001.
- Hernández Álvarez, O., "Derechos y garantías constitucionales en el proceso laboral", <https://bit.ly/3yUyx9o>
- Horna, J., "En torno a la conceptualización del derecho laboral constitucional", *Docentia et Investigatio*, vol. 15, núm. 1, 2013, págs. 9-14.
- Landa Arroyo, C., "La constitucionalización del Derecho peruano", *Derecho PUCP* núm. 71, 2013, págs. 13-36.
- Landa Arroyo, C., "El Derecho del Trabajo en el Perú y su proceso de constitucionalización: Análisis especial del caso de la mujer y la madre trabajadora", *THEMIS Revista de Derecho* núm. 65, 2014, págs. 219-241.
- Moreno, J. M., "La difícil concreción de los derechos colectivos en entornos laborales digitalizados", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 10, núm. 1, 2022, págs. 152-171.

HISTORIA DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO LABORAL PERUANO

- Nash, C., "Control de convencionalidad: Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, 2013, págs. 480-509.
- Orsini, J., "El derecho al trabajo como límite constitucional al despido injusto", *ANALES* núm. 42, 2012, págs. 364-380.
- Pasco, M. "El Trabajo en la Constitución", *Ius et Veritas* núm. 7, 1993, págs. 27-35.
- Paucara, R., Almanza, L. M., Szczepansky, D. y Cueva, L. M. Manual de derecho laboral individual, Universidad Nacional Amazónica de Madre de Dios, Puerto Maldonado, 2021.
- Pérez de los Cobos, F., "Sobre el papel de la ley en la ponderación de los derechos fundamentales en conflicto", *Labos*, vol. 2, núm. 3, 2021, págs. 12-21.
- Quispe Rocha, E. La remuneración suficiente y remuneración mínima en la constitución política del Perú de 1993, Escuela de Posgrado, Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa, 2019.
- Rivera Tantaruna, A., La vulneración de los derechos laborales por parte tribunal constitucional en aplicación del precedente vinculante del Expediente N° 5057-2013-AA/TC- Caso Huatuco, tesis de licenciatura, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Universidad Ricardo Palma, 2017.
- Rodríguez Sanz de Galdeano, B., "La ineficacia de la regulación legal de despido y su necesaria reconsideración a la luz de la normativa internacional", *Labos*, vol. 2, núm. 3, 2021, págs. 60-76.
- Rubio, M. y Bernal, E., Perú: Constitución y Sociedad Política, Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo, Lima, 1981.
- Sánchez-Girón, B., "Los elementos delimitadores de la discriminación por asociación", *Labos*, vol. 2, núm. 3, 2021, págs. 114-131.
- Sastre, R., El derecho al trabajo, Madrid, Trotta, 1996.
- Suárez, W., "La constitucionalización del derecho laboral y su fundamentación", *Ciencias Sociales y Educación*, vol. 7, núm. 14, 2018, págs. 109-125.
- Toyama, J. y Merzthal, M., "La Libertad Sindical en el Perú: Una Revisión a su Desarrollo Jurisprudencial", *Derecho & Sociedad* núm. 40, 2013, págs. 87-100.
- Ugarte, J. L., "La constitucionalización del derecho del trabajo: la tutela de derechos fundamentales", *Revista Latinoamericana de Derecho Social* núm. 7, 2008, págs. 249-273.
- Ugarte, J. L., "Derechos fundamentales en el trabajo, poder y nuevas tecnologías", *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, vol. 14, núm. 45, 2020, págs. 81-106.
- Vidal, M., "Los derechos laborales en las constituciones peruanas", *Foro Jurídico* núm. 9, 2009, págs. 167-176.
- Vigo, F., "Repensemos el trabajo decente. Sobre lo inadecuado de este lema y los motivos por los que la dignidad del trabajo es independiente de las condiciones en las que se presta", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 10, núm. 1, 2022, págs. 39-68.
- Zúñiga, M. Á., "Flexibilización laboral en la constitución de 1993", *Revista Postgrado Scientiarvm*, vol. 3, núm. 2, 2017, págs. 45-47.

EL CIBERACOSO EN EL TRABAJO COMO RIESGO EMERGENTE: CLAVES DE SU RÉGIMEN JURÍDICO PREVENTIVO EN LAS LEYES Y CONVENIOS COLECTIVOS MÁS RECIENTES

CYBERBULLYING AT WORK AS AN EMERGING RISK: KEYS TO ITS PREVENTIVE LEGAL
REGIME IN THE MOST RECENT LAWS AND COLLECTIVE AGREEMENTS

María Marta Martínez Jiménez

Becaria de investigación del Aula José Vida Soria

Universidad de Jaén

mmmj0004@red.ujaen.es ORCID [0009-0007-8404-1721](https://orcid.org/0009-0007-8404-1721)

Recepción de trabajo: 23-01-2024 - Aceptación: 04-03-2024 - Publicado: 22-03-2024

Páginas: 235-261

- 1. INTRODUCCIÓN. ■ 2. DIGITALIZACIÓN Y PREVENCIÓN DE RIESGOS: LA VIOLENCIA DIGITAL Y EL CIBERACOSO EN EL TRABAJO COMO RIESGOS PSICOSOCIALES EMERGENTES.
- 3. PRINCIPALES NOVEDADES REGULADORAS SOBRE LA VIOLENCIA DIGITAL Y EL CIBERACOSO EN EL TRABAJO. ■ 3.1. El marco internacional: el estado de situación del Convenio 190 OIT. ■ 3.2. El ciberacoso en las nuevas formas de trabajo a distancia: normas legales y prácticas. ■ 3.3. La violencia digital y el ciberacoso en el ámbito de determinadas relaciones de trabajo especialmente feminizadas: el empleo doméstico. ■ 3.4. Las obligaciones empresariales de prevención de la violencia sexual digital en el trabajo: las disfunciones entre la LPRL y la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual (LOGILS).
- 4. EL CIBERACOSO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: ALGUNAS EXPERIENCIAS RECIENTES. ■ 5. LA TUTELA PREVENTIVA: DEBER DE PREVENCIÓN EMPRESARIAL DEL CIBERACOSO EN EL TRABAJO. ■ 6. RECOMENDACIONES Y MEJORAS PRÁCTICAS.
- 7. CONCLUSIONES. ■ 8. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

El ciberacoso laboral ha surgido como un riesgo emergente en el entorno laboral moderno, mermando en este sentido la defensa y el ejercicio de los derechos de las personas trabajadoras en el seno de una empresa. Sin duda alguna, este estudio examina el régimen jurídico preventivo del ciberacoso en las leyes y convenios colectivos más recientes, otorgando gran importancia a las conductas de acoso digital, aunque estas se realicen fuera del horario y lugar de trabajo —a tenor de la Sala 4ª del Tribunal Supremo—. Además, refleja la perspectiva actual del Convenio 190 OIT, así como las normas y prácticas en las nuevas formas de trabajo, como el teletrabajo y la incidencia en el empleo doméstico. Finalmente, concluye con la importancia de las obligaciones empresariales y las posibles disfunciones entre la legislación laboral y la protección de libertad sexual, sin olvidar las recomendaciones que garanticen un entorno laboral seguro y saludable.

PALABRAS CLAVE: ciberacoso, riesgo psicosocial, acoso laboral, protocolo, negociación colectiva, convenio colectivo.

ABSTRACT

Cyberbullying at work has become an emerging risk within the contemporary environment, thus undermining the defence and exercise of a company's rights of employed persons. Indeed, this study reviews the preventive legal regime of cyberbullying in the most recent laws and collective agreements, attaching significant importance to digital harassment behaviour, even if it occurs after working hours and away from the workplace —according to the 4th Chamber of the Spanish Supreme Court—. In addition, it reflects the current perspective of ILO Convention 190, as well as standards and practices in new forms of work, such as remote employment and the impact on domestic employment. It draws to a close with the importance of employers' obligations and possible dysfunctions between labour law and the protection of sexual freedom, without ignoring recommendations to ensure a safe and healthy working environment.

KEYWORDS: cyberbullying, psychosocial risk, workplace harassment, protocol, collective negotiation, collective agreement.

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, la sociedad, las empresas y el entorno laboral han experimentado profundas transformaciones, con el desarrollo y aplicación de las conocidas como tecnologías de la información y comunicación, en constante cambio, conformando una sociedad digital y una Industria 4.0. Bien conocido es que, junto a sus virtudes, por las oportunidades de progreso social que propicia la era digital, también tiene riesgos para el bienestar. Por lo tanto, la digitalización implica un desafío de forma significativa a los sistemas normativos y experiencias aplicativas de seguridad y salud en el trabajo, como las recientes leyes, sean o no típicamente laborales, ponen de relieve. Es difícil hoy regular una institución sin atender a su dimensión digital, en lo positivo y en lo negativo.

En este estudio, la perspectiva seleccionada se vincula a la actividad preventiva de los nuevos factores y riesgos asociados a la digitalización, y concretamente a uno que tendrá una relevancia especial en el plano normativo, a partir de la entrada en vigor, para España, del Convenio 190 de la Organización Internacional del Trabajo —OIT—, sobre prevención y erradicación de la violencia y el acoso en el trabajo (en vigor desde el pasado 25 de mayo de 2023), junto con la Recomendación 206, complementaria: el ciberacoso como forma más intensa de violencia digital en los entornos o ambientes de trabajo (por hacer alusión al término elegido, con fortuna, por la Declaración de la OIT de 1998 sobre principio y derechos fundamentales, versión enmendada de 2022). Fuera del entorno de trabajo, es bien conocido que asistimos a un incremento notable de las conductas delictivas consideradas como violencia y acoso digitales, en especial en el mundo escolar (Cyberbullying) y también en el seno de las relaciones de pareja, con un importante sesgo de género (delito de *stalking*). Pero se conoce menos esta dimensión del problema del “Cyberbullying” en el entorno laboral. Sin embargo, en diferentes formas, también con distintas intensidades, se dan. Por eso, este estudio se centrará en analizar, en los albores de la entrada en vigor del referido Convenio 190 OIT, este tipo de conductas, como el acoso laboral (en sus diferentes modalidades: laboral, discriminatorio, sexual, sexista, etc.) cuando se realizan a través de las nuevas tecnologías.

En este sentido, cabe recordar que el acoso laboral se encuentra conformado por una serie de conductas, bien llevadas a cabo de forma individual, o bien, en grupo, contra una persona trabajadora de la misma empresa con el objetivo de dañar su integridad física y mental¹. En el seno laboral, también podemos encontrar comportamientos caracterizados por poseer una naturaleza sexual (acoso sexual), pudiendo afectar la integridad moral de una persona trabajadora (acoso moral), o incluso, llegando a discriminarse a la misma como motivo de su género (acoso por razón de sexo), entre otras.

Sin perjuicio del análisis más detenido que se hará en las páginas que siguen, ahora es conveniente recordar que la OIT califica el término ciberacoso como aquellas conductas violentas que se realizan mediante las nuevas tecnologías de comunicación e información, pudiendo integrar imágenes, videos, mensajes, utilizar redes sociales, entre otros. Asimismo, la Organización Mundial de la Salud (OMS) establece algunas consecuencias provocadas por este tipo de comportamientos en las víctimas de ciberacoso vinculadas a enfermedades como la depresión. En este sentido, pueden

¹ Leymann, H.; *Mobbing, la persécution au travail*, Seuil, Paris, 1986.

provocar ansiedad, estrés u otras enfermedades psicológicas afectando a la víctima en primera persona, pero también a su entorno.

En la actualidad, el ciberacoso es un hecho de gran importancia para nuestra sociedad —como ya indicábamos—, por lo que, en este estudio se tratará y analizará desde el calado del ciberacoso como un riesgo psicosocial hasta las mejoras prácticas que podrían implementar las empresas en su organización interna. En cuanto a la legislación disponible para abordar este tema, será posible ver cómo se establecen disfunciones entre la nueva normativa y la ya preexistente, cómo se han regulado las nuevas formas de trabajo y los riesgos que llevan implícitos en términos de acoso, sin olvidar la importancia que adquiere en las nuevas negociaciones colectivas siendo pioneras empresas como Telefónica al atender esta cuestión.

Partiendo de lo anterior, será necesario reflexionar sobre el papel tan fundamental que tiene la empresa en las situaciones de ciberacoso y cómo debe de afrontarlo, mediante el uso de recursos como la prevención de riesgos, protocolos o códigos de conducta. Un ejemplo claro de ello, es el Protocolo de la Universidad Jaume I, un recurso específico que entra en materia y define en qué consiste, además de, cómo abordar dichas situaciones creando espacios para ayudar y orientar a las víctimas.

Para finalizar, recientemente se ha aprobado la Estrategia Española de seguridad y salud en el trabajo (EESST) para los años 2023-2027 cuya finalidad es orientar las políticas de prevención de riesgos laborales, prevenir los riesgos consecuencia de la evolución digital, ecológica y demográfica. Asimismo, otro de los objetivos que plantea esta estrategia es tratar la salud física y mental, cambio climático, igualdad entre hombres y mujeres, entre otros. Todo ello, plantea una situación laboral favorable que contribuyan a conseguir entornos seguros y saludables favoreciendo, a su vez, a la desconexión digital.

Es necesario promover la desconexión digital en cuanto que genera fatiga a las personas trabajadoras al no poder desconectar de sus trabajos, más comúnmente conocido como el síndrome del “trabajador quemado”. Esto se ha visto fomentado por la modalidad del trabajo a distancia mayormente implantado por la Covid-19, que por sus connotaciones provoca que las conexiones aumenten y, resulta más complicado que el trabajador disponga de su derecho al descanso².

2. DIGITALIZACIÓN Y PREVENCIÓN DE RIESGOS: LA VIOLENCIA DIGITAL Y EL CIBERACOSO EN EL TRABAJO COMO RIESGOS PSICOSOCIALES EMERGENTES

Pese a que no hay ninguna norma legislativa nacional que así lo explicita, si bien puede deducirse del art.3 del Convenio 190 OIT (que entró en vigor para España el pasado 25 de mayo de 2023), habría

2 Trujillo Pons, F, y Toscani Giménez, D., *La desconexión digital en el trabajo*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2020.

EL CIBERACOSO EN EL TRABAJO COMO RIESGO EMERGENTE

que “reconocer que la violencia y el acoso cibernético en el trabajo integran un riesgo laboral ex art. 4 LPRL”³, (de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales). Desde esta perspectiva, es necesario entender tanto la violencia digital como el ciberacoso en los entornos laborales como sendos riesgos psicosociales emergentes, que requieren de un régimen jurídico de protección eficaz integral, por lo tanto, en el ámbito preventivo, en el reparador y en el punitivo. En línea con lo que en su día se entendió respecto de la violencia y el acoso en el trabajo. Pero ¿qué entendemos por violencia digital y qué se entiende por ciberacoso en el trabajo?

Para ello, debemos acudir a la Organización Internacional del Trabajo (OIT). De un lado, en relación al acoso en el trabajo propiamente, en su día lo definió como la “acción verbal o psicológica de índole sistemática, repetida o persistente por la que, en el lugar de trabajo o en conexión con el trabajo y una persona o un grupo de personas hiere a una víctima, la humilla, ofende o amedrenta.”⁴. Más recientemente, en el citado Convenio 190 OIT, sobre el que luego volveremos con más detalle, por su trascendencia, institucional normativa y práctica, se incluye una definición más genérica, conforme a la cual la expresión «violencia y acoso» en el mundo del trabajo designa: “un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género”⁵.

Por su parte, el art. 3 de dicha norma internacional tipifica por vez primera, o, al menos, denomina de forma pionera, la violencia y el acoso a través de formas de comunicación digital. En consecuencia ¿el ciberacoso en el trabajo sería el acoso realizado en forma cibernética, digital?

Un sector de la doctrina científica, que primero se acercó a este tema, hoy todavía poco explorado, manifiesta que el acoso cibernético o ciberacoso, cuya relevancia se ha visto incrementada notablemente en nuestra sociedad, es una de las figuras que más se utiliza actualmente para ejercer violencia tanto en relaciones de trabajo como en las relaciones personales. Asimismo, el aumento de diversos tipos de trabajo, el teletrabajo, fomenta la generación de este tipo de situaciones de conflicto, todo ello agravado por la realidad excepcional que generó la COVID-19⁶. A partir del Convenio 190 OIT y de la Recomendación 206, el sector doctrina referido considera que ha de reconocerse “el derecho de toda persona a un entorno de trabajo libre de violencia y acoso” comprendiendo las situaciones de acoso y violencia ejercitadas mediante medios tecnológicos y de comunicación.

3 Molina Navarrete, C., “El Ciberacoso en el Trabajo, como identificarlo, prevenirlo y erradicarlo en las empresas”, La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2019, pág. 208.

4 Organización Internacional De Trabajo, “Promover la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo: Una cuestión de principios”, 2011. En la doctrina interna vid. Romero Rodenas, M. J., “Protección frente al acoso moral en el trabajo”, Bomarzo, Albacete, 2005, pág. 15.

5 Correa Carrasco, M. y Quintero Lima, M. G., *Violencia y Acoso en el trabajo*, Dynkinson, Madrid, 2021.

6 Vicente Pachés, F., “El Convenio 190 de la OIT y su trascendencia en la gestión preventiva de la violencia digital y el ciberacoso en el trabajo”, *Revista trabajo y Seguridad social CEF*, núm. 448, 2020, pág. 69-106.

EL CIBERACOSO EN EL TRABAJO COMO RIESGO EMERGENTE

No podemos olvidar que, la violencia en el ámbito laboral puede traducirse en amenazas, agresiones físicas o psíquicas, todo ello, acompañado de hostigamiento o acoso (sexual o moral) ejecutado a través de diferentes métodos. Actualmente, este se vale de ciertos medios tecnológicos como pueden ser las TRIC (anteriormente más comúnmente conocidas como TIC) y que revelan la presencia de tecnologías de relación, comunicación e información.

Desde tiempos inmemorables, existe la figura del acoso en el ámbito laboral, prueba de ello es la reciente STSJ Cantabria, 904/2023, de 22 de diciembre, la cual confirma la nulidad del despido de una empleada que sufría acoso sexual por parte de su superior, el cual hacía comentarios sobre sus relaciones sexuales y su culo, por lo que, se instó a una triple condena —delito penal leve de lesiones, responsabilidad civil y laboral—. También, la Sala V del Tribunal Supremo, en su sentencia 3552/2020, de 3 de noviembre, condena a un Cabo superior por abuso de autoridad, en su modalidad de conductas por acoso sexual, del artículo 48 del Código Penal Militar, pero en la actualidad, aparece esta nueva figura comúnmente conocida como acoso digital o ciberacoso⁷. Todo ello, viene propiciado por algo tan rutinario, como puede ser, el uso de internet, de los teléfonos móviles, o incluso, de las redes sociales donde el límite a todo ello parece no conocerse. Se produce una mutación del acoso físico al ciberacoso, ambas tipologías conviven entre sí y, además, lo hacen dentro de las relaciones profesionales en el ámbito de trabajo. Los canales digitales provocan que existan más probabilidad de comunicación inadecuada, siendo más complicado su registro si los dispositivos son de titularidad privada (STSJ Cantabria 51/2019, de 21 de enero).

El ciberacoso, como indicábamos anteriormente, se encuentra en pleno auge y evolucionando de forma progresiva en todos los escenarios de la vida debido a la mayor facilidad para actuar supuestamente bajo el anonimato, bajo el supuesto de poder encubrir las conductas llevadas a cabo, jugando con la capacidad ilimitada que posee el acosador para reiterar las conductas y difundir cualquier información, veraz o falsa, con poco esfuerzo.

Dentro de esta tipología, ningún ámbito laboral puede estar libre de no sufrir estas nuevas conductas de acoso, aunque haya sectores que por su forma de producción posean una mayor probabilidad que otros. Pero dentro del ámbito laboral, las mujeres son más vulnerables ante este tipo de situaciones, colectivo especialmente protegido por el Convenio 190 OIT, denominándolo “ciberviolencia de género”, al igual que los empleados jóvenes y aquellas personas con situaciones de especial riesgo social y laboral.

En este sentido, el Auto del TS, 16799/2022, de 22 de noviembre, confirma la sanción a un empleado de RENFE debido a la activación del protocolo frente al acoso, teniendo como consecuencia la suspensión de empleo y sueldo por realizar conductas de acoso a través de una red social —enviando mensajes de voz de contenido sexual— a otra empleada del trabajo, fuera de horario y lugar de trabajo.

El ciberacoso es un problema real en las relaciones profesionales teniendo como consecuencia, la afectación de diferentes entornos o, pudiendo tratarse de conductas de naturaleza diferente. Todo ello,

7 Vicente Pachés, F., *Ciberacoso en el Trabajo*, Atelier, Barcelona, 2018.

produce un mal ambiente laboral y la merma en la salud del trabajador cuya familia, amigos, entorno y, la sociedad en general, se ven afectados directamente en este sentido. Aunque las consecuencias o reacciones en las personas víctimas de acoso digital pueden ser muy variadas entendiéndose que los recursos para afrontar dicha situaciones, capacidades o habilidades propia de la persona son diferentes, es cierto que, suelen presentar un cuadro común como ansiedad, depresión, estrés, además de diferentes formas de trastornos o afecciones que, en casos extremos, puede desembocar en un suicidio.

Los efectos negativos también se ven reflejados en la empresa al sufrir absentismo, reducción en la productividad y calidad del servicio, generando un clima tenso e inhumano. En este sentido, la empresa tiende a contratar a otra persona para cubrir el puesto vacante por la baja, pagar subsidios o incluso, indemnizaciones si esta incurriese en responsabilidad por el acoso digital propiciado a uno de sus trabajadores. De ahí radica la importancia que posee la empresa en este aspecto tan relevante, como la obligación de prevenir estas conductas delictivas y, de no ser así, plantear quejas o iniciar litigios contra ella. Todo ello, tendría como consecuencia la merma en la confianza de sus clientes y de su imagen corporativa, pudiendo disminuir su productividad.

Por último, las compañías tienen el deber de establecer conductas preventivas que liberen el entorno laboral de riesgos psicosociales no compatibles con la salud laboral y el buen funcionamiento de una sociedad digna de respeto. Las personas trabajadoras que sufren este tipo de conductas cobran la suficiente importancia para que el tratamiento jurídico sea distinto dentro de la conducta preventiva llevada a cabo por cada organización, ya que, debe primar la erradicación de este para que no se vea incrementada su presencia a través de la evaluación, análisis y, junto a, la aprobación de las medidas que sean necesarias. España deberá modificar su LPRL y definir expresamente los términos de violencia y acoso en el trabajo (art. 7), también en su dimensión digital.

3. PRINCIPALES NOVEDADES REGULADORAS SOBRE LA VIOLENCIA DIGITAL Y EL CIBERACOSO EN EL TRABAJO

3.1. El marco internacional: el estado de situación del Convenio 190 OIT

Tras mencionarlo de forma continuada en los apartados precedentes, toca analizar con detenimiento el Convenio 190 OIT con la finalidad de conocer la situación actual de este. Desde su modelo inicial, cuya intencionalidad era regular la violencia y el acoso en el ámbito laboral, ha mutado. Este cambio se produjo con dos sesiones de profunda discusión en los años 2018 a 2019, finalmente la Conferencia Internacional del Trabajo (CIT) de la OIT adoptó una norma legal conocida como el Convenio 190. En palabras de Navarrete "norma jurídica internacional, por lo tanto, vinculante para todo Estado que la ratifique"⁸ y, además, viene complementado la Recomendación 206 con el objetivo de

8 Laboratorio Observatorio De Riesgos Psicosociales De Andalucía, "Podcast El Futuro Del Trabajo. Iniciativa De La OIT. Especial Referencia Al Episodio 4: Ciberacoso Y Ciberviolencia En El Mundo Del Trabajo", núm. 3, 2021, págs. 12-13.

interpretar aquellas normativas que tengan novedad en los Estados y parte de las empresas en los que se instauren.

Por otro lado, es necesario resaltar que la OIT adoptó su último Convenio en 2011, Convenio 189, por lo que, con el Convenio 190 pone en juego el funcionamiento de normativas que amparen los problemas actuales. Retomando el Convenio 189, este versa sobre la decencia del trabajo para las personas trabajadoras en el ámbito doméstico. Este último, junto a diversas presiones sociales y políticas, España no lo había ratificado hasta que se adelantó con la aprobación del Real Decreto Ley 16/2022, de 6 de septiembre⁹, para que los derechos de estas personas trabajadoras se equiparasen al resto de los que trabajan por cuenta ajena¹⁰. Algo diferente es lo que ha ocurrido con el Convenio 190, que como indicábamos anteriormente, sí que ha sido ratificado por España¹¹.

Esta normativa internacional no podía “permanecer ajena, y el Convenio no lo hace, a las nuevas dimensiones tecnológicas de la violencia y el acoso”, como enfatizó un sector de la doctrina científica que, de forma temprana, analizó el Convenio y su implicación para España. En su artículo 3 hace mención —como ya se anticipó— a la violencia y el acoso realizadas utilizando las tecnologías de la información y comunicación (TIC) teniendo en cuenta todas sus formas como pueden ser el network mobbing, cyberbullying, entre otras. No ofrece una denominación específica haciendo referencia de forma genérica, al igual que ocurre con la mención a las herramientas que pueden usarse. En este sentido, la norma no detalla si se refiere a herramientas tecnológicas que sean propias de una empresa o son propias de las personas que trabajan dentro de ella. Esto no es indiferente en la práctica y es necesario distinguirlo bien. Naturalmente, existen diferencias entre unas situaciones y otras, a efectos del alcance del poder de control de las empresas (art. 9 Convenio 190 OIT), no quiere decir que no resulte protegible las situaciones de violencia y acoso hechas con dispositivos propiedad de la persona empleada, como prueba el ATS, Sala 4^a, 16799/2022, de 22 de noviembre.

El Convenio establece que, para poder encuadrar dentro del ámbito laboral, la violencia y el acoso deben tener lugar cuando:

- Se esté desarrollando la jornada laboral (cualquiera que sea el lugar).
- Se realice en relación al trabajo.
- Sea como consecuencia del desarrollo de la jornada laboral (como resultado de dicha actividad, aunque no coincida con lo anterior).

A colación de lo anterior, nuestro ordenamiento jurídico contempla un concepto amplio sobre el lugar y tiempo de trabajo, por las consecuencias que pueda tener en términos de prevención de

9 BOE» núm. 216, de 08/09/2022.

10 Organización Internacional Del Trabajo, *España ratifica los convenios de la OIT sobre el trabajo en la pesca y sobre las trabajadoras y trabajadores domésticos*, 2023.

11 Laboratorio Observatorio De Riesgos Psicosociales De Andalucía, “Grecia, Italia y Francia adelantan a España en la ratificación del C190 OIT”, 2022.

riesgos laborales. En la jurisprudencia española, no existe un concepto específico sobre el que situar la responsabilidad preventiva, sino que este ha sido ampliado para identificar todos los escenarios bajo la dirección de la empresa, sea o no titular (STS, 3ª, 19/2019, de 10 de enero). Pero, por otro lado, la ausencia de una franja horaria o de tiempo estrictamente laboral no exime de la obligatoriedad de la seguridad en el trabajo, puesto que la violencia o el acoso se producirá como consecuencia del mismo, como podría ocurrir en los casos de accidente de trabajo. Precisamente, en el referido ATS, Sala 4ª, 16799/2022, de 22 de noviembre, se considera una conducta infractora el acoso sexista a través de una red social digital, aunque se haga con dispositivos propios, fuera del horario y lugar de trabajo. Lo importante es cómo afecta al orden de convivencia en la empresa (STS, Sala 4ª, 494/2022, 31 de mayo —reclama la aplicación del art. 26 CSE—).

Esos tiempos añadidos tienen relación, cada vez más, con el desarrollo social de las propias empresas con el objetivo de incentivar la comunicación entre las personas trabajadoras y sus superiores, o entre sí. En este sentido, la jurisprudencia califica como tiempo de trabajo (STS, Sala 4ª, 229/2019, 19 de marzo) aquel utilizado para asistir a eventos, realización de actividades no incluidas en la jornada laboral, entre otros. En este sentido, nuestra doctrina ha ido desarrollándose de acuerdo con la comunitaria teniendo en cuenta la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre, sobre la ordenación del tiempo de trabajo, cuyas disposiciones (artículo 2.1) citan que el tiempo de trabajo es todo aquel que la persona trabajadora se encuentre disponible para el empresario, en el lugar de trabajo o ejerciendo su actividad. Todo ello, es aún mayor cuando se trata del entorno laboral analizado desde la perspectiva de las herramientas TIC.

En esta línea, lo que importa realmente, según el sentir de la doctrina¹² (asumida por la doctrina judicial mayoritaria), es que el punto de conexión sea el entorno del trabajo, no siendo tan relevante el lugar en el que se realizan la conectividad y el tiempo que requieren las mismas. Por lo que, es asumible que puedan realizarlo personas en grupo trabajadoras de una misma empresa y, como consecuencia, tienen lugar conductas como el ciberacoso. Finalmente, conductas tales como las realizadas en el caso de IVECO, en el que una empleada se suicida al no aguantar más la situación que vivía después de que su compañero de trabajo compartiese un video sexual de ella, sin su consentimiento (que bajo la legislación actual terminó con el doble archivo de diligencias, penal y de la ITSS), entran bajo el amparo del Convenio OIT, exigiendo a la empresa una rápida intervención correctora y, a su vez sancionadora, independientemente de que el comportamiento haya sido realizado mediante dispositivos digitales de dominio de la persona trabajadora.

3.2. El ciberacoso en las nuevas formas de trabajo a distancia: normas legales y prácticas

La experiencia adquirida con el transcurso de la pandemia del COVID-19, más del 50% de los trabajadores españoles entendían que el puesto que desempeñaban, dentro de sus respectivas organi-

¹² Pérez Agulla, S., "Los riesgos psicosociales en un mercado laboral digitalizado: el ciberacoso en el trabajo", *Revista española de derecho del trabajo*, núm. 255, 2022, págs. 55-102.

EL CIBERACOSO EN EL TRABAJO COMO RIESGO EMERGENTE

zaciones, podían realizarlo de forma remota bien parcialmente o en su totalidad. La digitalización de las empresas en España se vio acrecentada por esta situación, generando mayor comunicación y establecerse cierta compenetración entre la vida personal y laboral. Como primera solución a muchos puestos de trabajo, y gracias a la transformación digital que vivían muchas empresas, fue el teletrabajo. En este sentido, el Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes para la COVID-19, en su artículo 5, es posible dilucidar que le otorgaba la máxima preferencia al trabajo remoto con las medidas y garantías correspondientes si era material y técnicamente posible, además, de si todo ello iba a resultar económicamente distributivo. Además, el Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, preveía una serie de disposiciones legales que más tarde aparecerían en la Ley 10/2021, de 9 de junio, de trabajo a distancia¹³.

La Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral incluía el precepto de “trabajo a distancia”¹⁴ definiéndolo como la actividad llevada a cabo en el entorno de la vivienda del trabajador u otro lugar, en el preámbulo de esta misma ley se entiende el trabajo a distancia como una nueva forma de trabajo o, por el uso “intensivo” de los medios digitales. Es posible apreciar esta combinación en el artículo 2 de la Ley 10/2021¹⁵, la cual define el teletrabajo como la actividad laboral llevada a cabo a distancia a través de medios informáticos, de telecomunicación y telemáticos, mientras que el trabajo a distancia es la tipología de trabajo realizada en la vivienda del trabajador o cualquier otro lugar, de manera reiterada.

Precisamente, los medios de comunicación e información tecnológicos han evidenciado diferentes tipos de usar la violencia y el acoso en el trabajo. El empleo reiterado de estas herramientas digitales como las redes sociales, teléfonos móviles, entre otras muchas opciones, hacen que sea más sencillo ejercer conductas delictivas como la violencia psicológica mediante la humillación o acoso en sus diferentes variantes, por lo que, es imprescindible prevenir el ciberacoso en el entorno laboral como riesgo psicosocial. En este sentido, las personas trabajadoras que realizan el trabajo a distancia no pueden sufrir una merma en sus derechos, sin tener en cuenta aquellos que les compete al realizar el trabajo de forma presencial y sin menoscabar las circunstancias laborales. Igualmente, la Ley 10/21 en este sentido obliga a prevenir toda discriminación a las personas trabajadoras que llevan a cabo su trabajo a distancia como bien reza el artículo 4.3 de esta misma norma¹⁶.

Por otro lado, la negativa por parte de la empresa a otorgar la voluntariedad del teletrabajo puede considerarse como discriminación si se basa en una causa que la justifique como estar afiliado a un sindicato (art. 6.6 Ley 15/202). Además, la Ley 10/2021 lo establece en su disposición cuarta como la obligación del empresario de crear y fijar medidas contra el acoso, tanto laboral, por razón de

¹³ Ortega Giménez, A., Álvarez Rodríguez, A., Cremades García, P., Reche Tello, N., Heredia Sánchez, L., Tur Faúndez, C., Bonmatí Sánchez, J. y Masanet Fernández, J., “Algunos Problemas Jurídicos Actuales Sobre el Trabajo Transfronterizo”, *Diario La Ley*, núm 10206, 2023, pág. 5.

¹⁴ Artículo 6 de la Ley 3/2012, de 6 de julio.

¹⁵ «BOE» núm. 164, de 10/07/2021.

¹⁶ Fernandez García, A., “Discriminación y tecnología (geolocalización, inteligencia artificial, teletrabajo, ciberacoso)”, *Noticias CIELO*, núm. 11, 2022, pág. 3.

sexo, sexual o por discriminación. Justamente, este artículo identifica dos riesgos psicosociales, la violencia digital como acción inadecuada y el ciberacoso en el trabajo como la acción específica de violencia en el entorno digital¹⁷.

Todo ello, debe erradicarse con la prevención y corrección de estas conductas como cita el C190 OIT y la propia ley 10/2021, diferenciando que cuando en la actuación inadecuada aparezca un sesgo sexual, se tratara de ciberacoso sexual laboral. Mientras que, cuando el sesgo sea sexista, ciberacoso por razón de género, entendiéndose dicha distinción que aparece reconocida normativamente por la Ley 10/21 y por el Convenio de la OIT 190. Por otro lado, el deber empresarial debe centrarse, como indicábamos, en la prevención y resolución de esta problemática —Artículo 14 LPRL— (STJUE, 11 noviembre de 2021 —C-214/20—), además de que, de nuevo la Ley 10/21 reclama su prevención, aunque no lo denomina directamente como violencia digital o acoso cibernético, pero tanto en su preámbulo como en el articulado (artículo 4.4) identifica el amparo a las personas que trabajan telemáticamente debido a la mayor delicadeza en cuanto a los riesgos que implica el teletrabajo y, que genera cansancio, acoso, aislamiento, entre otros¹⁸.

Al mismo tiempo, el artículo 4.4 de la Ley 10/2021 nos remite a otra normativa, la LO 3/2007, de 22 de marzo (En adelante, LOIEMH). Es esta última, se remite a Protocolos específicos sobre sexo-género (donde se contempla el ciberacoso)¹⁹ y Planes de Igualdad²⁰ —que veremos más adelante—. Pero, dicha ley no define como riesgo psicosocial el acoso digital, sino que, integra las modalidades en que podría traducirse la violencia o acoso digital en el ámbito del trabajo debiendo de interpretarse en relación al artículo 16 y 18 de esta misma normativa.

3.3. La violencia digital y el ciberacoso en el ámbito de determinadas relaciones de trabajo especialmente feminizadas: el empleo doméstico

El empleo doméstico suelen realizarlo las mujeres debido al gran peso que estas poseen sobre dicha actividad y, también por la irregularidad que caracteriza a este sector. En esta misma línea, las mujeres inmigrantes, más si no están regularizadas, se encuentran en una situación especialmente vulnerable²¹, junto a notorias dificultades para desarrollarse profesionalmente, con grandes limitaciones en cuanto a derechos laborales para poder negociar horarios o salarios y sin el debido asesoramiento jurídico para poder llevarlo a cabo. Su situación es especialmente delicada en cuanto

17 Molina Navarrete, C., "Violencia en línea y ciberacoso, riesgos psicosociales en entornos laborales digitalizados: cómo detectarlos, prevenirlos y/o erradicarlos", *Ficha Científico-Técnica Preventiva*, núm.2, 2021, pág. 2.

18 Artículo 88 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre.

19 Artículos 48 y 62 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo.

20 Artículo 45 y ss de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo.

21 Pérez Orozco, A., y López Gil, S., *Desigualdades a flor de piel: cadenas globales de cuidados*, Autoedición, Madrid, 2011.

a discriminación, acoso o violencia se trata, además de, no estar amparadas por la Ley de Igualdad si se encuentran en unas condiciones de irregularidad, cuestión que identifica el convenio 190 OIT en cuanto estima necesario atender con especial atención a las mujeres migrantes. Todo ello, es el reflejo de la situación que tienen los colectivos más vulnerables como las empleadas del hogar, y recientemente, las mujeres inmersas en el sector del cultivo y recolección de frutos rojos²².

Otro aspecto importante dentro de esta actividad laboral es la "confianza", un punto de inflexión para el buen funcionamiento de la relación entre empleador-empleada. Podríamos considerar que se trata de un sector anclado al pasado, con lenguaje propio y donde se produce una compenetración entre relación profesional, de confianza y afectividad.

Por otro lado, la baja sindicación es muy relevante al respecto puesto que radica la individualidad dentro de la relación laboral, como consecuencia provoca la baja reivindicación y presión para mejorar las condiciones laborales. Asimismo, habría que señalar que carecen de sindicato propio del sector, de convenio colectivo propio y de patronal con la que poder dialogar, además de, negociar²³.

La normativa actual merma los efectos perversos que venimos narrando en los párrafos anteriores, reformas que tuvieron su comienzo en el año 2011 y la última normativa el Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, sobre las mejoras laborales y de seguridad social de las personas empleadas domésticas. A este efecto, es necesario recordar que España ratificó el Convenio 189 —posteriormente a la aprobación del RD 16/2022— cuya finalidad se basa en asegurar los derechos de las personas empleadas domésticas para poder gozar de condiciones equiparables al resto de personas trabajadoras, y, con el Convenio 190 OIT el principio integrador, inclusivo y de género queda garantizado en su artículo 2, pudiendo ser aplicado al ámbito laboral doméstico²⁴.

En esta misma línea, se integra una disposición adicional en la LPRL que nos viene a decir que, con el objetivo de garantizar la protección reconocida en la Constitución, el C189 OIT y en la normativa europea, las personas trabajadoras tienen derecho a la protección especialmente para prevenir la violencia de género en los casos de empleadas domésticas.

En esta última normativa es reseñable el artículo primero, el cual se refiere a la modificación de la LPRL, el cual adiciona la protección de seguridad y salud en el trabajo doméstico y sin duda se trata de un paso necesario para la consecución de la igualdad de género en el ámbito laboral y promueve la igualdad de derechos y la protección de la mujer.

Todo ello, sería posible de relacionar con la LOGILS en cuanto se trata de proteger la integridad física y moral de estas empleadas domésticas, puestas en riesgo debido a todos los factores que

22 Miñarro Yanini, M., "La acción convencional en el sector de recolección de frutos rojos: nuevos marcos de integración para erradicar los abusos contra las inmigrantes", *Temas Laborales*, núm. 149, 2019, pág. 101-123.

23 Quintero Lima, M. G., "La desprecariación de un colectivo discriminado: una norma de urgencia para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar. ¿Oportunidades perdidas? *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 473, 2023.

24 Correa Carrasco, M. y Quintero Lima, M. G., *Violencia y Acoso ...*, Ob. Cit, pág. 81.

condicionan su estatus de trabajadoras y, se encuentran continuamente expuestas a situaciones de vulnerabilidad.

Es posible relacionarla en cuanto la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (En adelante, LOGILS) en su artículo 12 —como veremos más adelante— al promover condiciones de trabajo favorables y, de esta forma, evitar las situaciones de acoso o violencia, incluido en el ámbito digital. Es cada vez más frecuente que en las situaciones de empleos feminizados esto suceda, además en el caso de las empleadas del hogar la “confianza” hace que estas conductas sean más frecuentes a través de redes sociales como la conocida de “WhatsApp”, el ATS, 4ª, de 23 de marzo de 2022 (RCUD 1213/2021) reconoce como válido el despido de un trabajador de la empresa que acosó a una subordinada mediante esta vía digital.

En este sentido, la LPRL en disposición adicional octava, nos viene a decir que:

Cada Departamento Ministerial, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley y previa consulta con las organizaciones sindicales más representativas, elevará al Consejo de Ministros una propuesta de acuerdo en la que se establezca un plan de organización de las actividades preventivas en el departamento correspondiente y en los centros, organismos y establecimientos de todo tipo dependientes del mismo. (...)

Es posible apreciar que ha transcurrido el plazo de seis meses para desarrollar un acuerdo al que hace mención esta DA. Asimismo, esto es especialmente perjudicial para aquellas trabajadoras en el ámbito doméstico que se enfrentan día tras día a situaciones vulnerables para ellas y no existe un plan preventivo para ayudarlas a frenar este tipo de conductas.

Esta disposición, además, tiene en cuenta consultar con las organizaciones sindicales para realizar un documento con mayor conocimiento del sector, pero recordamos que las empleadas del hogar no tienen un sindicato representativo lo que hace más complicada la labor de recoger un plan de prevención y reseña la importancia de elaborarlo cuanto antes. No se puede entender que un sector tan desprotegido en muchos escenarios, aún carezca de un procedimiento de prevención con la entrada en vigor del nuevo RD 16/22. En esta línea, este nuevo Decreto contempla la relación laboral como especial, pero no tiene en cuenta las especificidades del derecho a un ámbito laboral sin violencia y acoso.

Por otro lado, el papel de la inspección de trabajo es fundamental, pero no se aborda la cuestión de cómo abordar cada situación particular en cada hogar, es decir, si se podría acceder al hogar con autorización judicial o con el previo consentimiento del titular del hogar, lo cual ambas opciones serían muy útiles al respecto. En este sentido, subrayamos la importancia de actuar conforme a la normativa y la problemática que viven cientos de mujeres empleadas del hogar.

También es posible complementarlo con la ley de Trabajo a Distancia, concretamente en su artículo 4 —el cual también veremos más adelante— que versa sobre la igualdad de trato y no discriminación pues, en el caso de las mujeres que tienden a teletrabajar o trabajan como creadoras de contenido, estas sufren más continuamente este tipo de conductas. Pero no solo si se teletrabaja,

también ocurre y es claro ejemplo el de una mujer policía que anuncia por redes sociales como prevenir situaciones de estafa, sufriendo vejaciones y humillaciones en los comentarios de esta publicación²⁵, atendiendo a situaciones de ciberacoso como acoge esta Ley en el ámbito digital.

Por último, el artículo quinto del RD 16/22 regulariza la relación laboral del empleo doméstico lo que favorece a la reducción de los casos de ciberacoso, al carecer del condicionante el empleador de poder rescindir el contrato libremente y, fomentar el acoso por la necesidad de la persona empleada, que mayoritariamente suelen necesitar de una relación laboral²⁶.

3.4. Las obligaciones empresariales de prevención de la violencia sexual digital en el trabajo: las disfunciones entre la LPRL y la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual (LOGILS)

Los casos de violencia sexual, como indica la ONU, pueden tener lugar en diferentes lugares y, además, atentan contra los derechos humanos afectando de forma desmedida y determinada a niñas y mujeres, pero también, aunque en menor medida, a los niños. A nivel global, la probabilidad de haber vivido violencia sexual o física se sitúa en una de cada tres mujeres, según la OMS, por parte de una pareja sentimental ("Violencia de Género"). Además, a nivel europeo según la ADFUE, más del 50% de las mujeres han vivido este tipo de situaciones alguna vez en su vida.²⁷ Actualmente, las denuncias más recientes son aquellas que versan sobre acoso de índole sexual en el ejército de la marina en diferentes estados. La solución a estas situaciones debe ser eficaz y atenderse como lo que es, una premisa social de un estado, integrándose todos los poderes públicos a través de los recursos que puedan disponer para dar respuesta; pero, a tal fin, también la sociedad civil de cada estado además de su industria, ya que, tiene lugar tanto en esferas públicas como privadas.²⁸

En la sociedad civil, son notorias algunas iniciativas para combatir la violencia de género como pueden ser el plan internacional de eliminación de la violencia contra la mujer que comienza en noviembre, y culmina en diciembre celebrando el día de los derechos humanos. Todo ello se traduce en los 16 días de lucha institucional que es apoyada por la ONU²⁹ y cuya fuerza hizo que diversos países ratificaran el Convenio 190 OIT en el año 2019, España es ya uno de ellos. En nuestra sociedad, se lleva a cabo un proyecto de colaboración público-privado para eliminar la violencia de género a

25 Lavanguardia., "La tajante respuesta de esta agente de Policía Nacional a los repetidos comentarios sobre su físico en TikTok". Recuperado de: <https://www.lavanguardia.com/cribeo/viral/20240205/8923881/tajante-respuesta-agente-policia-nacional-repetidos-comentarios-sobre-fisico-tiktok-mmn.html>.

26 Villalba Sánchez, A., "La discriminación por razón de sexo padecida por las empleadas del hogar familiar en la extinción de su contrato", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 470, 2022.

27 ONU., "Violencia contra las mujeres", 2023.

28 Laboratorio Observatorio De Riesgos Psicosociales De Andalucía., "Las Empresas Deberán Incluir en la Evaluación de Riesgos la Violencia Sexual Contra las Trabajadoras", 2022.

29 ONU., "Violencia contra las mujeres", 2023.

EL CIBERACOSO EN EL TRABAJO COMO RIESGO EMERGENTE

través de la siguiente iniciativa: "Empresas por una Sociedad Libre de Violencia de Género"³⁰ junto con la Secretaría de Estado de Igualdad. Todo ello con la finalidad de concienciar sobre el problema real de la violencia contra la mujer y poder fomentar la integración de las víctimas tanto social como laboralmente.

Este conjunto de acciones con el objetivo de eliminar la violencia de género, incluida cualquier otro tipo de violencia, la LOGILS³¹ ha avanzado un poco más en esta cuestión. En su artículo 16, disposición primera, tanto las comunidades autónomas, como la Administración General del Estado, tienen la obligación de apoyar y, fomentar a sus correspondientes Entidades Locales implementando políticas en espacios públicos con óptica de género, tanto urbanísticas como de seguridad. Además, en su párrafo segundo la obligación se amplía a las organizaciones empresariales para la integración de espacios en los lugares de trabajo para que estos tengan también perspectiva de género, puedan ser accesibles y seguros para las mujeres empleadas de la empresa.

En cuanto a las medidas de prevención de riesgos en los lugares de trabajo, la LOGILS introduce novedades de gran importancia. La LOGILS integra un conjunto de medidas para sensibilizar y prevenir la violencia en el ámbito sexual contemplando diferentes escenarios dentro de la esfera laboral. En este sentido, son dos disposiciones las que contemplan las obligaciones de las empresas, las cuales son tanto el artículo 12 y el 16.2 de esta misma norma. Justamente, en su artículo 12 dispone una prevención exhaustiva de agentes de riesgo en los casos de violencia sexual y/o moral en el ámbito laboral como obligación. Este deber introduce todo comportamiento que vaya en contra de la libertad sexual e integridad moral como reza el artículo 15 de la Constitución Española. En este sentido, es posible apreciar que el mencionado artículo 12 LOGILS da un paso más en lo referido a la previsión de conductas y la responsabilidad que hasta entonces había definido el artículo 48 LOIEMH. Entre ambos se produce una discordancia al estar los textos redactados con referencias distintas, aunque la LOGILS incluye las cuestiones digitales, teniendo como consecuencia notables problemas de interpretación.

Todo ello queda reflejado en la redacción cuando ambas normativas abogan por la prevención, pero la LOGILS incluye los protocolos de actuación mientras que la LOIEMH, no lo hace. Esto da lugar a confusión y, dudas en la interpretación en algo tan importante como un protocolo de actuación, en el seno de una empresa, en cuanto no queda claro si debe de ser negociada con los representantes de las personas trabajadoras o, creada por una comisión de igualdad y luego ratificada por los representantes. No es posible entender que estas normativas, con tanta importancia, incurran en dichos agravios, cuyo resultado solo perjudica a las personas trabajadoras víctimas de las conductas de acoso laboral digital en el seno de su trabajo.

En este sentido, las únicas modificaciones que introduce serían en lo referido a contemplar las conductas contra la libertad sexual e integridad moral, en especial al acoso. Todo ello, y teniendo en cuenta que la LPRL no ha sido reformada, se tiene en consideración que tanto la violencia sexual,

30 Igualdad En La Empresa., "Empresas por una Sociedad libre de Violencia de Género", 2022.

31 «BOE» núm. 215, de 7 de septiembre de 2022.

EL CIBERACOSO EN EL TRABAJO COMO RIESGO EMERGENTE

moral, e incluso, las violencias digitales (Ciberacoso) son un riesgo psicosocial en el ámbito laboral de forma determinada³².

Las responsabilidades preventivas que se reconocen dentro de la LOGILS en el mismo artículo 12, que quedarían dispuestas de la siguiente forma; 1) Mejora de las condiciones de trabajo para erradicar conductas delictivas y que coarten la libertad sexual e integridad moral, 2) Implantación de procesos especializados en la prevención y solución de denuncias por parte de las víctimas, 3) Desarrollo de campañas de sensibilización y formación a los empleados contra la violencia sexual, 4) Valoración de puestos de trabajo y sus respectivos riesgos que estén designados a personas empleadas, víctimas de violencia sexual³³, y 5) Negociación con los representantes de los trabajadores de las medidas de prevención, elaboración y divulgación de protocolos, códigos de conducta, formación y campañas.

Todo lo anterior se complementa con la promoción y la formación de las personas empleadas (artículo 19 LPRL) de la empresa para evitar la violencia o acoso en el seno de esta para garantizar la protección de estas personas. Por último, dentro de la previsión de riesgos laborales, las empresas deben de valorar riesgos de los puestos de trabajo ocupados por personas víctimas de violencia sexual y analizar los riesgos psicosociales de otros puestos para adecuarlos al personal³⁴. El cumplimiento de estos deberes desembocará en el reconocimiento de responsabilidad social a las empresas por velar por una sociedad sin violencia de género, pero que se cumpla con estas medidas no quiere decir que la empresa asuma responsabilidad, aunque se trate de un fallo humano (STS, Sala 3ª, 543/2022, de 15 de febrero). Si se produjese el incumplimiento de las responsabilidades por parte de las empresas, estas podrían sufrir una serie de sanciones o infracciones, aunque la LOGILS no reconoce normativamente un marco sancionador para ello, pero alega los diferentes textos legislativos incluido la LPRL.

El artículo 15 LRPL en su letra g) recoge el principio de prevención y establece el deber de estipular con antelación suficiente tanto las condiciones de trabajo, la organización y la técnica, además de las relaciones sociales y los factores que afectan al ambiente del trabajo³⁵. También, la exposición de motivos de la LPRL posee un escenario socio cultural, a través del cual, se deduce su dinamismo y carácter evolutivo como nos hace entender el artículo 16 de esta misma normativa al integrar los cambios tecnológicos.

En este sentido, el Tribunal Constitucional (STC, 1ª, 56/2019, 6 de mayo) ha señalado que gracias a la evolución de los conceptos ha podido generar una protección tanto reparadora como preventiva

32 Laboratorio Observatorio De Riesgos Psicosociales De Andalucía, "Las Empresas Deberán Incluir en la Evaluación de Riesgos la Violencia Sexual Contra las Trabajadoras", 2022.

33 Es necesario acudir al artículo 19 LPRL para formar a las personas trabajadoras para fomentar el conocimiento sobre este tipo de conductas y erradicarlas.

34 Estrella, M., "Cuestiones sociolaborales de la Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual", *CEF- Laboral Social*, 2022.

35 Molina Navarrete, C., "Redes sociales digitales y gestión de riesgos profesionales: prevenir el ciberacoso sexual en el trabajo, entre la obligación y el desafío", *Diario la ley*, núm. 9452, 2019.

ante las situaciones de acoso laboral. Además, otra sentencia anterior del Tribunal Constitucional requiere la activación, imperando la constitución, de la prevención de acoso laboral sin esperar a que se produzca totalmente el daño (STC, 1ª, 160/2007, 2 de julio).

4. EL CIBERACOSO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: ALGUNAS EXPERIENCIAS RECIENTES

Las situaciones de acoso digital se producen a través de conductas que impliquen violencia psicológica utilizando herramientas digitales de comunicación e información y, todo ello debe de erradicarse a través de medidas preventivas, tutela y sancionadoras. Esta noción cada vez adquiere mayor importancia dentro de los mecanismos jurídicos que existen en las diferentes empresas, bien por el marco que encuadra la prevención de riesgos hasta los códigos de conducta o protocolos, sin olvidar la negociación colectiva en cuyo ámbito es necesario mencionar, como reflejan sugerentes investigaciones, el Convenio 190 de OIT. Para centrar el estudio en la negociación colectiva es necesario focalizar en los escenarios de los convenios colectivos más actuales.

Por otro lado, el acoso digital aparece de forma muy escasa en los convenios colectivos, aunque algunos no lo contemplan, estos los recogen al final o incluso en anexos adjuntos a los propios convenios. Esto adquiere especial atención ya que se trata de una práctica novedosa, pero significa la implantación de la tutela efectiva para aquellas víctimas que sufren ciberacoso en el ámbito laboral.

La negociación colectiva ha afrontado el ciberacoso mediante la previsión de cláusulas que lo incluyan. De esta forma, "toma así conciencia del papel que puede cumplir en la defensa de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras frente al mal uso de la tecnología"³⁶. Por otro lado, es necesario destacar que se han introducido medidas con el fin de castigar el acoso realizado mediante herramientas tecnológicas y, además, es más útil que dentro de los convenios colectivos de diferentes sectores sea tratado el ciberacoso, y de algunas empresas en concreto³⁷.

En el caso de Telefónica, el acoso en cualquiera de sus formas, e incluso, por discriminación, queda vinculado directamente con el ciberacoso al hacer referencia al II Convenio Colectivo de Empresas Vinculadas que han ratificado las empresas del grupo³⁸, mostrando la intencionalidad de la relevancia de la tutela en este tema. Prever las situaciones de acoso suele ser muy genérica en la

36 Bogoni, M., "El ciberacoso laboral en la negociación colectiva: un nuevo enfoque para la elaboración de un marco de tutela efectiva", *Revista de derecho social*, núm. 97, 2022, pág. 175-185.

37 Es el caso de Telefónica, una empresa multinacional de telecomunicaciones con gran presencia internacional y, de alguna forma, especialmente sensible al acoso digital. (Boletín Oficial del Estado, núm 209, de 1 de septiembre de 2021).

38 «BOE» núm. 273, de 13 de noviembre de 2019.

EL CIBERACOSO EN EL TRABAJO COMO RIESGO EMERGENTE

mayoría de ocasiones, teniendo como consecuencia la difícil sanción de los comportamientos de acoso y siendo totalmente necesario acudir a los tribunales. Por lo que, las cláusulas de acoso digital en la negociación colectiva deben ser prioritarias, al integrar mecanismos de protección eficaces contra las situaciones de acoso y asegurar su reparación³⁹.

En muchas ocasiones, se olvida el papel que tienen las redes sociales en los comportamientos de acoso digital como pueden ser Instagram, Facebook o WhatsApp y, además, reseñan algunos Tribunales Superiores de Justicia la importancia cada vez mayor que poseen estas herramientas, las cuales deberían de estar especificadas en los convenios (STSJ de Andalucía, 1ª, 817/2014, 22 de mayo). En numerosas ocasiones, es difícil encontrar en los convenios colectivos detallada la cuestión anteriormente mencionada, pero en el caso de una empresa catalana de reciclado⁴⁰ lo recoge expresamente en el articulado de su convenio colectivo, exigiendo unos determinados principios, tales como: responsabilidad, transparencia, respeto, entre otros.

Además, las previsiones de las cláusulas en los convenios suelen ir relacionadas con el derecho a la desconexión digital o con los sistemas de geolocalización, en este sentido es necesario establecer límites a las empresas en cuanto al control por GPS. El abuso de estas herramientas puede desembocar en comportamientos de acoso, comprometiendo el control empresarial. En este sentido, podemos acudir al VI Convenio colectivo estatal del ciclo integral del agua⁴¹ (2018-2022), que en su artículo 72 señala de qué forma el empresario pueda acceder a los sistemas tecnológicos de las personas empleadas junto a estrategias sobre cómo prevenir el ciberacoso, además este mismo artículo expresa que el empresario "podrá adoptar las medidas de verificación de los sistemas informáticos, proporcionales y no intrusivas, para comprobar la correcta utilización por parte de las personas trabajadoras usuarias, a través de software de controles automatizados o similares, y de las cuales las personas trabajadoras tengan conocimiento"⁴².

Retomando la premisa sobre el abuso del empresario al controlar a sus personas empleadas, esto puede afectar profundamente al derecho a la intimidad de estos últimos y, en palabras de Sierra Hernaiz "el empresario puede establecer las reglas de su uso y controlar su cumplimiento"⁴³ cumpliendo con lo dispuesto en el artículo 87 de la ley de protección de datos (En adelante, LOPD).

Otra perspectiva a tener en cuenta para completar el estudio de esta parte, sería que las empresas tuvieran sus propios Protocolos sobre materias específicas, así como, Códigos de Conducta. En

39 Bogoni, M., "El ciberacoso laboral en la negociación colectiva..." *Ob. Cit*, pág. 175-185.

40 Resolución de 18 de septiembre de 2019 por la que se aprueba el Convenio Colectivo de la empresa Plastiverd Pet Reciclado, S.A.

41 BOE, de 3 de octubre de 2019. Artículo 72.

42 Artículo 72.1 del VI Convenio colectivo estatal del ciclo integral del agua.

43 Sierra Hernáinz, E., "El papel de la negociación colectiva en el tratamiento de los datos personales de los trabajadores", *Temas Laborales*, núm. 152, 2022, pág. 115-138.

cuanto a los Protocolos, la empresa Altamira Dogroup de Madrid en su convenio colectivo⁴⁴ hace referencia a que se recurrirá al protocolo correspondiente para atender a los problemas de seguridad y salud en el trabajo. En este sentido, desarrolló un Protocolo específico “para la prevención del acoso laboral, el acoso sexual y el ciberacoso”. En esta misma línea, la violencia y el acoso digital se encuentran recogidos en el protocolo del Hospital Universitario La Paz —de Madrid—⁴⁵.

Sin embargo, en otras ocasiones se encuentran Códigos de Conducta por parte de determinadas empresas como Peugeot Citroën Automóviles España S.A en la provincia de Pontevedra⁴⁶ complementando su convenio colectivo, el cual hace mención a las nuevas tecnologías para castigar aquellos comportamientos abusivos utilizando las herramientas tecnológicas con la finalidad de dañar la integridad o intimidación de las personas que son compañeras de trabajo.

Finalmente, los planes de igualdad juegan un papel importante en la negociación colectiva, pero estos deben de realizarse con la representación sindical de la propia empresa, igual que ocurre para los convenios colectivos. En este sentido, no se permiten que sea con comisiones *ad hoc* que únicamente están destinados a casos muy concretos y, los planes de igualdad tienen objetivos generales⁴⁷.

Asimismo, la LOIEMH en su artículo 45, nos viene a decir los casos en que las empresas deben de elaborar un plan de igualdad, siendo voluntario en otros casos. En esta misma línea, el artículo 48 de esta misma ley reconoce que las empresas han de promover condiciones laborales favorables para las personas trabajadoras evitando así el acoso en cualquiera de sus formas.

Por último, Telefónica tiene establecido un plan de igualdad⁴⁸ en el que trata la poca representación de la mujer en puestos de gran responsabilidad, pretende además reducir la brecha salarial al 1% para 2024 y, establece medidas para prevenir el acoso laboral gracias a que esta compañía tiene una normativa propia y un protocolo de actuación para este tipo de situaciones.

5. LA TUTELA PREVENTIVA: DEBER DE PREVENCIÓN EMPRESARIAL DEL CIBERACOSO EN EL TRABAJO

La obligación real de evitar situaciones controvertidas en el ámbito del trabajo depende del empresario, el cual debe de prever todas las alternativas posibles en cuanto a precaución se trata dentro

44 Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid nº 46 de 24/02/2004.

45 Molina Navarrete, C., “Violencia en línea y ciberacoso ...”, *Ob. Cit.* pág.5.

46 Boletín Oficial de la Provincia de Pontevedra núm. 160, de 20 de agosto de 2020.

47 Rivas Vallejo, P., “El plan de igualdad debe negociarse con la representación legitimada legalmente y no por una comisión “ad hoc”, *Revista de jurisprudencia laboral*, núm. 2, 2021.

48 «BOE» núm. 128, de 30 de mayo de 2017.

de dicho ámbito. Estas alternativas son causantes de situaciones de riesgo para las personas trabajadoras, que han de ser previsibles. Todo ello, es reflejo de las conductas llevadas a cabo a través de tecnologías de comunicación e información, no contempladas en la legislación española y, por ende, reflejo de la importancia que cobra el papel del empresario con su deber de prevenir si sus trabajadores, por motivos de producción, se ven expuestos al uso de Internet.

Técnicamente, el deber del empresario proviene de lo expuesto en el artículo 14 LPRL al igual que, las obligaciones que se derivan en materia de acoso reconocidos en la LOIEMH, pero según Navarrete “no está claro que de ella se derive obligatoriamente implantar un protocolo”⁴⁹. Más adelante en la LPRL, concretamente en su artículo 16.3 aparece como disposición la necesidad de generar una actividad preventiva dentro de la organización exigiendo al empresario crear y llevar a cabo un proceso encargado de identificar los sucesos y daños en el trabajo.

La desobediencia de esta imposición legal nos recuerda la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco (STSJ de País Vasco, 326/ 2019, de 12 de febrero) la condena a una empresa por evadir su obligación preventiva, además, le requirió el establecimiento de un protocolo para solucionar conflictos psicosociales (FJ3). En este sentido, es clara la tendencia judicial a fomentar estas herramientas incluso en aquellas situaciones donde no tienen amparo legal, en el caso del acoso sexual y sexista, como bien reseña el artículo 48 LOIEMH.

Además, como cita Navarrete “estamos ante una auténtica política judicial de incentivo de estos instrumentos”, sancionando a las empresas que no lo tienen en cuenta y gratificando a las que sí. Sin embargo, el mayor premio que le han otorgado a estas herramientas ha sido lo contemplado por el TC (STC, 1ª, 56/2019, de 6 de mayo —en su FJ 6—) en relación al ex artículo 15 CE sobre la protección de la integridad ligada a la activación de un protocolo que proteja al trabajador y atribuya la responsabilidad al empresario.

Por otro lado, las políticas preventivas de una empresa deben contemplar, con óptica generalista, suplir la violencia dentro de esta, además de, implicar otros aspectos como aquellas conductas desarrolladas en el ámbito digital, y que no siempre están desconectadas entre sí, si no que suelen estar relacionadas. Sencillamente, se trata de encontrar y analizar las especialidades de las herramientas digitales para afrontar las situaciones de conflicto con mayor asertividad.

Las políticas preventivas frente a las situaciones de acoso se establecen en documentos comúnmente denominados protocolos⁵⁰. Estos son esenciales en las administraciones públicas, llegando a ser obligatorio cuando se trata de acoso sexual como reza el artículo 62 LOIEMH, cuyos horizontes, se han visto ampliados a la empresa privada cumpliendo así con lo establecido en el artículo 48 de esta misma ley, además de enfrentar otro tipo de acoso dentro del ámbito profesional. No obstante, los protocolos suelen estar destinados a las sanciones por la comisión de este tipo de conductas, en

49 Molina Navarrete, C., *El Ciberacoso en el Trabajo...*, Ob. Cit, pág. 245.

50 Álvarez De Cuvillo, A., “El Ciberacoso en el Trabajo como Categoría Jurídica”, *Temas Laborales*, núm. 157, 2021, pág. 167-192

EL CIBERACOSO EN EL TRABAJO COMO RIESGO EMERGENTE

vez de, plantear posibles actuaciones que realmente imposibiliten la existencia de dichas conductas. Pero, lo cierto es que estos protocolos pueden ayudar en la prevención del acoso a través de: implantación de la conducta “tolerancia 0”; recogen que conductas son tipificadas como acoso; facilitando la canalización de denuncias en el ámbito interno de la empresa e; implantación de procesos de mediación de conflictos.

Notoriamente, en los protocolos frente al acoso que hemos podido consultar no es muy común la referencia al acoso digital. Por lo contrario, hay algunos protocolos como el reciente Protocolo de la Universidad Jaume I aprobado el 28 de febrero de 2023⁵¹, el cual hace referencia directamente a la violencia digital o ciberacoso (art. 5 del Protocolo) con el objetivo de eliminarlo con la mayor eficacia posible. Además, contempla diversas medidas de prevención como la difusión de este, informar a la comunidad universitaria de las diferentes situaciones de violencia y/o acoso, formaciones, entre otras. En este mismo sentido, establecen como medidas de prevención la creación de un punto denominado Violeta-Rainbow⁵² (art. 7 del mencionado Protocolo) para atender psicológicamente y poder asesorar jurídicamente a la víctima dentro de la institución universitaria. Aunque son minoritarios los protocolos que hacen referencia al ciberacoso, es necesario remarcar la importancia de la evolución en este ámbito, como el caso de la Universidad Jaume I⁵³.

De otro lado, sería interesante considerar dentro de las medidas cautelares las cuestiones específicas del ámbito digital para que se tuvieran en cuenta en el procedimiento sancionador o disciplinario, e incluso, aquellas que deben tomarse en caso de urgencia para evitar el desarrollo de la conducta sobre la víctima, también conocidas como medidas “cautelarísimas”. En este sentido, las medidas preventivas no vienen recogidas en muchos de los protocolos y, de sí aparecer, son muy ambiguas al no establecer a qué tipos de actuaciones se refiere, simplemente centrándose en establecer una clara separación entre la víctima y su agresor⁵⁴.

Desde otra perspectiva, tal vez sería interesante que se establecieran una serie de medidas fuera de los protocolos en las diferentes empresas, para poder así, enfrentar las situaciones donde haya violencia psicológica mediante el uso de herramientas digitales. Todo ello, mejoraría la determinación de la actuación con una reacción directa de la empresa ante la difusión de mensajes humillantes, con contenido personal o, incluso íntimos, para frenar cuanto antes dicha difusión y eliminar el contenido sensible. Además, como menciona Navarrete es imprescindible que la empresa aporte confianza a la víctima en el proceso para que pueda terminar la situación de acoso como en el caso de IVECO, donde un trabajador difundió un vídeo íntimo de una compañera, sin previa autorización de esta. Por lo que, la comunicación parte de una premisa indispensable para llevar a cabo lo anterior

51 BOUJ núm. 2/2023, de 28 de febrero de 2023.

52 Universidad Jaume I, “Punto Violeta – Rainbow”, 2023.

53 Universidad Jaume I, “Protocolo en los supuestos de acoso en la UJI”, 2023.

54 Álvarez De Cuervo, A., “El Ciberacoso en el Trabajo ...”, *Ob. Cit.*, pág. 167-192.

y, también para generar medidas que prevean dichas situaciones, con formación y sensibilización a los trabajadores. Esto último, podría concluir en lo siguiente:

- Sensibilización sobre el acoso y sus formas a los trabajadores.
- Implantación de “Tolerancia 0”, con medidas sancionadoras.
- Fomento de la corresponsabilidad.
- Establecer formaciones sobre comunicación e interacción con otros estamentos de la empresa.

En este mismo sentido, podemos aludir a la LOPD, la cual menciona una serie de requisitos para utilizar las herramientas digitales —artículo 87— y, poder de esta manera establecerlos en las respectivas organizaciones con el conocimiento previo de los representantes de las personas trabajadoras. Asimismo, es posible —gracias al artículo 88 de esta misma ley— incluir políticas sobre el uso adecuado de los dispositivos digitales para que no desemboque en fatiga y pueda llevarse a cabo correctamente la desconexión digital. En este tipo de políticas, como enuncia Álvarez de Cuvillo, es muy necesario que se identifique claramente la exclusión en todas sus variantes en todo tipo de violencia digital y, prever medidas específicas —como señalábamos anteriormente— que puedan ser asimiladas de forma única a cada empresa, y, por ende, teniendo como consecuencia, una minoración de la impunidad de los agresores o disminución en los casos de acoso.

De esta forma, sería posible sentar unas bases para facilitar la investigación de los casos de acoso, a través de, herramientas que impidan actuar de forma oculta o anónima, así como establecer reglas con las garantías necesarias. Todo ello, se ve reflejado en el ejemplo de los códigos de conducta, cuya función principal se basa en reglamentar la forma de proceder en redes sociales de los trabajadores de una empresa. Y a través de estos documentos, Álvarez de Cuvillo refleja que es posible extraer líneas básicas para la creación de diferentes políticas dentro de la propia empresa para dirimir el ciberacoso. Sin embargo, la atención está demasiado focalizada en cuidar la imagen corporativa y, en menor medida, centrados en defender derechos fundamentales de terceros o sus profesionales, por lo que, como resultado no es posible acometer en su totalidad el problema del acoso cibernético.

6. RECOMENDACIONES Y MEJORAS PRÁCTICAS

Los diferentes escenarios de acoso que pueden plantearse dentro del ámbito empresarial nos llevan a considerar que la actuación de dichas empresas sea eficaz en la fase más temprana de dichos escenarios. Todo ello, es posible gracias a una programación previa mediante herramientas útiles y destinadas a este ámbito: los cada vez más utilizados protocolos de prevención de riesgos sobre el acoso, los cuales pueden ser unitarios o diferenciados. Estos últimos, distinguen entre el acoso moral, sexista y/o sexual mientras que los unitarios, establecen el mismo protocolo para el acoso sexual y sexista, y moral. En este sentido, no podemos olvidar la necesidad de incluir la variante digital para

que se considere una parte de ellos puesto que “nadie duda de la obligación”⁵⁵ de integrarlo. Además, el sentido que debe poseer el protocolo no puede orientarse únicamente a ser una prueba judicial de diligencia, sino que debe tratarse de una herramienta que otorgue confianza a las personas trabajadoras en términos de establecer y mantener la política de “tolerancia 0” a la que hacíamos referencia anteriormente.

Precisamente, el Tribunal Constitucional (STC, 1ª, 56/2019, de 6 de mayo) se pronuncia al respecto dando especial importancia a la activación de un protocolo sobre cómo gestionar el acoso laboral (donde incluye las variantes de acoso sexual y moral), que no sólo va a ser utilizado como recurso para no incurrir en responsabilidad por la situación de riesgo producida por el acoso, sino que otorga relevancia a la erradicación del problema actuando en consecuencia a los hechos. En esta línea, «El protocolo aplicable regula como conducta “típica” de acoso la inactividad laboral prolongada e injustificada: “Dejar al trabajador de forma continuada sin ocupación efectiva [...] sin causa alguna que lo justifique”» (STC, 1ª, 56/2019, de 6 de mayo —en su FJ 6—), por lo que, no requiere prueba, ni actualización de daños, ni la confluencia de distintos niveles de violencia adicionales a la marginación laboral de forma reiterada.

La referencia hacia esta sentencia es totalmente oportuna para hacer un análisis más profundo sobre este tema y, de esta forma, afrontar adecuadamente la materia sobre la protección por parte de las empresas, teniendo en cuenta el sistema de prevención de riesgos en el ámbito laboral, el peligro de acoso digital laboral y establecer los protocolos que se consideren necesarios. Precisamente, el protocolo sobre cómo gestionar el acoso de IVECO, el cual se encuentra en línea con muchos otros protocolos sobre la misma materia, integran conductas no verbales como:

- Uso fotografías o imágenes, dibujos, gráficos de internet sobre materia sexual.
- Notas o mensajes de correo electrónico de contenido sexual que sea insultante.

En este sentido, dentro del acoso cobra mayor protagonismo el acoso digital en los protocolos de las empresas, no tanto como en acoso moral ni sexista, pese a ser más frecuentes que el anterior. Justamente, no debe ser permisible actuar de forma pasiva ante estas situaciones, como en los casos en los que la víctima decide no denunciar.

Para las diversas modalidades, los poderes públicos juegan un papel importante al igual que con los interlocutores sociales, al tener que dar mayor importancia al ámbito cibernético en la materia de acoso, debiendo de integrarse en las delimitaciones y medidas de prevención de forma expresa. Es notorio que el sistema de prevención de riesgos abogue por gestionar de forma anticipada los riesgos psicosociales emergentes, o emergidos, pero fácilmente eludibles debido a la no existencia de una regulación normativa sobre dicha materia.

⁵⁵ Laboratorio Observatorio De Riesgos Psicosociales De Andalucía, “Podcast El Futuro Del Trabajo. Iniciativa De La OIT. Especial Referencia Al Episodio 4: Ciberacoso Y Ciberviolencia En El Mundo Del Trabajo”, núm. 3, 2021, pág. 12-13.

Finalmente, es muy importante atender al sentido de la corresponsabilidad social del conjunto de las personas trabajadoras, como recogen algunos protocolos. Además, el Foro Económico Mundial⁵⁶ señala que las tecnologías minoran la empatía de las personas, no permitiéndoles ponerse en la piel de la otra persona. Es esencial recuperar este valor interna y externamente a la empresa, donde lo relevante sea el buen ambiente y el respeto.

7. CONCLUSIONES

El ciberacoso laboral se ha visto incrementado en los últimos años, pero gracias a normativas como el Convenio 190 OIT hacen posible la concienciación social, la implementación de este en nuestro país debido a su ratificación y, el fomento de la prevención en el seno empresarial. Las situaciones de ciberacoso se llevan a cabo mediante las TIC, bien dentro de la empresa o fuera de esta, lo que se traduce en la necesaria formación y prevención de las personas trabajadoras para reducir este tipo de situaciones.

En cambio, numerosas normativas han sido desarrolladas debido a la creciente preocupación de este tipo de conductas con tanto sesgo de género, como la Ley de Trabajo a Distancia, que incluye el teletrabajo como otra modalidad en las relaciones profesionales y donde puede tener un papel importante el ciberacoso, apartando y minorando las capacidades de la víctima. En esta línea, otras normativas como la LOGILS fomentan la prevención de las empresas para evitar casos de acoso, violencia o discriminación en el ámbito digital, pero plantea algunas problemáticas con la LPRL al no tener contemplado esto último.

Esta problemática surge a raíz de la necesidad de armonizar ambas normativas, ya que, estas persiguen objetivos diferentes, pero pueden llegar a solaparse en determinados ámbitos laborales. Concretamente, pueden identificarse riesgos concretos como el tratado en este estudio: acoso digital en el trabajo, que será reconocido como riesgo psicosocial por ambas normativas. Lo cual, puede generar confusión en relación al tipo de responsabilidad y medidas que han de tomarse por parte de las empresas, así como, la correspondiente aplicación efectiva de estas normas que den lugar a dificultades relacionadas con la protección integral de las personas trabajadoras —como la prevención y sanción del ciberacoso—. Por lo que, es necesario abogar por una complementariedad entre ambas para el establecimiento de mecanismos claros de coordinación en lo que respecta a su implementación efectiva en el ámbito laboral, promoviendo entornos laborales seguros y saludables.

Conforme a lo anterior, es posible apreciar que es necesaria la inclusión de la figura del ciberacoso en el seno de la legislación laboral, con definiciones claras y específicas, además de la correspondiente actualización normativa de adaptabilidad al entorno digital —como en el seno de los convenios colectivos—. Adicionalmente, otra propuesta de mejora podría surgir a través de la

⁵⁶ World Economic Forum, "17 formas en que la tecnología podría cambiar el mundo para 2027", 2022.

correspondiente coordinación con la normativa correspondiente a la protección de datos para garantizar la confidencialidad de la información recabada durante el proceso de investigación en los casos de acoso.

Asimismo, una nueva rama de la prevención de riesgos laborales es la ciber-psicología en el trabajo —también conocida como psicología cibernética— y, cuyo principal ámbito de estudio es la protección frente al ciberacoso. Busca cómo entender el comportamiento de las personas en el mundo cibernético que causan el ciberacoso a través del uso desmesurado de las herramientas digitales, la realidad virtual, la manipulación a través de la inteligencia artificial, entre otros, y es por esta razón que el ciberacoso tiene tanta influencia en este ámbito.

Sin duda, en el gran porcentaje de casos en los que tiene lugar el ciberacoso, las personas trabajadoras que lo sufren pueden plantear finalizar su contrato, pero hay empleos especialmente feminizados donde la precariedad es absoluta y, en numerosas ocasiones, las mujeres empleadas tienen una situación de irregularidad que los lleva a seguir viviendo estas situaciones por una relación de dependencia absoluta con la persona empleadora. En este sentido, el RDL 16/22 viene a proteger a las personas empleadas domésticas frente a estas situaciones de vulnerabilidad al igual que se relaciona con la LOGILS —en los aspectos que comentábamos anteriormente—.

Dentro de los convenios colectivos no es muy común ver referencias sobre el ciberacoso, por eso es necesario hacer presión dentro de la negociación para que esto sea cada vez más visible. Todo ello, se ejemplifica con el caso de Telefónica, una empresa de grandes dimensiones que contempla dentro de su IV Convenio el ciberacoso, ratificado por todas las empresas del grupo.

Por otro lado, es necesario plantear una serie de procedimientos que ayuden a prevenir, controlar o evitar las situaciones de acoso digital en el ámbito laboral, donde la responsabilidad radica en la empresa, la cual tiene la obligación de garantizar que se llevan a cabo estas medidas de prevención de riesgos.

En definitiva, tras este estudio sobre el ciberacoso dentro del ámbito del acoso laboral, en la actualidad tal y como se encuentra desarrollado, se hace imprescindible la necesidad de fomentar la creación de una normativa en la que se refleje supuestos y requisitos que se refieran al concepto como tal de ciberacoso.

8. BIBLIOGRAFÍA

Álvarez De Cuvillo, A., "El Ciberacoso en el Trabajo como Categoría Jurídica", *Temas Laborales*, núm. 157, 2021.

Bogoni, M., "El ciberacoso laboral en la negociación colectiva: un nuevo enfoque para la elaboración de un marco de tutela efectivo", *Revista de derecho social*, núm. 97, 2022.

Correa Carrasco, M. y Quintero Lima, M. G., *Violencia y Acoso en el trabajo*, Dynkinson, Madrid, 2021.

EL CIBERACOSO EN EL TRABAJO COMO RIESGO EMERGENTE

- Estrella, M., "Cuestiones sociolaborales de la Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual", *CEF- Laboral Social*, 2022. Recuperado de: <https://www.laboral-social.com/victimas-violencias-sexuales-cuestiones-laborales-seguridad-social-ley-organica-libertad-sexual.html>.
- Fernandez García, A., "Discriminación y tecnología (geolocalización, inteligencia artificial, teletrabajo, ciberacoso)", *Noticias CIELO*, núm. 11, 2022. Recuperado de: https://www.cielolaboral.com/wpcontent/uploads/2022/11/fernandez_noticias_cielo_n11_2022.pdf.
- Igualdad En La Empresa., "Empresas por una Sociedad libre de Violencia de Género", 2022. Recuperado de: <https://www.igualdad-en-la-empresa.es/iniciativas/empresas-libre-violencia/home.htm>.
- Laboratorio Observatorio De Riesgos Psicosociales De Andalucía., "Grecia, Italia y Francia adelantan a España en la ratificación del C190 OIT", 2022. Recuperado de: <https://www.juntadeandalucia.es/organismos/iaprl/areas/investigacion/larpsico/actualidad-larpsico/paginas/221121-grecia-italia-francia-convenio-190-oit.html>.
- Laboratorio Observatorio De Riesgos Psicosociales De Andalucía., "Las Empresas Deberán Incluir en la Evaluación de Riesgos la Violencia Sexual Contra las Trabajadoras", 2022. Recuperado de: <https://www.juntadeandalucia.es/organismos/iaprl/servicios/actualidad/noticias/detalle/364777.html>.
- Laboratorio Observatorio De Riesgos Psicosociales De Andalucía., "Podcast El Futuro Del Trabajo. Iniciativa De La OIT. Especial Referencia Al Episodio 4: Ciberacoso Y Ciberviolencia En El Mundo Del Trabajo", núm. 3, 2021. Recuperado de: <https://www.juntadeandalucia.es/organismos/iaprl/servicios/actualidad/noticias/detalle/348076.html>.
- Leymann, H.; *Mobbing, la persécution au travail*, Seuil, Paris, 1986.
- Miñarro Yanini, M., "La acción convencional en el sector de recolección de frutos rojos: nuevos marcos de integración para erradicar los abusos contra las inmigrantes", *Temas Laborales*, núm. 149, 2019.
- Molina Navarrete, C., *El Ciberacoso en el Trabajo, como identificarlo, prevenirlo y erradicarlo en las empresas*, La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2019.
- Molina Navarrete, C., "Redes sociales digitales y gestión de riesgos profesionales: prevenir el ciberacoso sexual en el trabajo, entre la obligación y el desafío", *Diario la ley*, núm. 9452, 2019. Recuperado de: <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2019/07/09/redes-sociales-digitales-y-gestion-de-riesgos-profesionales-prevenir-el-ciberacoso-sexual-en-el-trabajo-entre-la-obligacion-y-el-desafio>.
- Molina Navarrete, C., "Violencia en línea y ciberacoso, riesgos psicosociales en entornos laborales digitalizados: cómo detectarlos, prevenirlos y/o erradicarlos", *Ficha Científico-Técnica Preventiva*, núm. 2, 2021. Recuperado de: https://www.juntadeandalucia.es/sites/default/files/inlinefiles/2022/07/FCTPColeccion2.Ciberacosolaboral.Revisada_0_0.pdf.
- Molina Navarrete, C., "Violencia y acoso de persecución sindical: nuevas perspectivas de tutela a la luz del convenio 190", *Básicos de Derecho social*, núm. 114, 2020.
- ONU., "Violencia contra las mujeres", 2023. Recuperado de <https://interactive.unwomen.org/multimedia/infographic/violenceagainstwomen/es/index.html#sexual-5>.

EL CIBERACOSO EN EL TRABAJO COMO RIESGO EMERGENTE

- Organización Internacional Del Trabajo., España ratifica los convenios de la OIT sobre el trabajo en la pesca y sobre las trabajadoras y trabajadores domésticos, 2023. Recuperado de: https://www.ilo.org/madrid/prensa-y-medios/noticias/WCMS_869765/lang-es/index.htm.
- Organización Internacional De Trabajo., "Promover la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo: Una cuestión de principios", 2011. Recuperado de: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--americas/---ro-lima/---sro_san_jose/documents/publication/wcms_220029.pdf.
- Ortega Giménez, A., Álvarez Rodríguez, A., Cremades García, P., Reche Tello, N., Heredia Sánchez, L., Tur Faúndez, C., Bonmatí Sánchez, J. y Masanet Fernández, J., "Algunos Problemas Jurídicos Actuales Sobre el Trabajo Transfronterizo", *Diario La Ley*, núm. 10206, 2023.
- Pérez Agulla, S., "Los riesgos psicosociales en un mercado laboral digitalizado: el ciberacoso en el trabajo", *Revista española de derecho del trabajo*, núm. 255, 2022.
- Pérez Orozco, A., y López Gil, S., *Desigualdades a flor de piel: cadenas globales de cuidados*, Autoedición, Madrid, 2011.
- Quintero Lima, M. G., "La desprecariación de un colectivo discriminado: una norma de urgencia para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar. ¿Oportunidades perdidas? *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 473, 2023.
- Rivas Vallejo, P., "El plan de igualdad debe negociarse con la representación legitimada legalmente y no por una comisión "ad hoc", *Revista de jurisprudencia laboral*, núm. 2, 2021.
- Rojas Rivero, G., "Acoso, libertad sindical, Convenio 190 (OIT)", *Nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 71, 2020.
- Romero Rodenas, M. J., *Protección frente al acoso moral en el trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2005.
- Sierra Hernández, E., "El papel de la negociación colectiva en el tratamiento de los datos personales de los trabajadores", *Temas Laborales*, núm. 152, 2022.
- Trujillo Pons, F., y Toscani Giménez, D., *La desconexión digital en el trabajo*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2020.
- Universidad Jaume I., "Protocolo en los supuestos de acoso en la UJI", 2023. Recuperado de: <https://www.uji.es/serveis/ui/base/arxiu/docs/informes/protocol/>.
- Universidad Jaume I., "Punto Violeta – Rainbow", 2023. Recuperado de: <https://www.uji.es/serveis/ui/puntvioletarainbow/>.
- Vicente Pachés, F. de., *Ciberacoso en el Trabajo*, Atelier, Barcelona, 2018.
- Vicente Pachés, F. de., "El Convenio 190 de la OIT y su trascendencia en la gestión preventiva de la violencia digital y el ciberacoso en el trabajo", *Revista trabajo y Seguridad social CEF*, núm. 448, 2020.
- Villalba Sánchez, A., "La discriminación por razón de sexo padecida por las empleadas del hogar familiar en la extinción de su contrato", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 470, 2022.
- World Economic Forum., "17 formas en que la tecnología podría cambiar el mundo para 2027", 2022. Recuperado de: <https://es.weforum.org/agenda/2022/05/17-formas-en-que-la-tecnologia-podria-cambiar-el-mundo-en-2027/>.



CLÁSICOS DEL DERECHO

ESTUDIOS
DE
LABORAL
Y DE
SEGURIDAD SOCIAL

REJLSS

Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social
noviembre-abril 2024 - núm 8 ISSN-e: 2660-437X

LA 'ERA DE LAS MASAS' Y LA REACCIÓN Y DEFENSA CONSERVADORA AL ADVENIMIENTO DE LAS CLASES TRABAJADORAS A LA VIDA ECONÓMICO-SOCIAL Y POLÍTICA: GUSTAVE LE BON (I)

THE 'AGE OF THE MASSES' AND THE CONSERVATIVE REACTION AND DEFENSE TO THE
ADVENT OF THE WORKING CLASSES INTO ECONOMIC-SOCIAL AND POLITICAL LIFE:
GUSTAVE LE BON

José Luis Monereo Pérez

Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social

Catedrático Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Granada

jmonereo@ugr.es ORCID [0000-0002-0230-6615](https://orcid.org/0000-0002-0230-6615)

Recepción de trabajo: 27-02-2024 - Aceptación: 12-03-2024 - Publicado: 22-03-2024

Páginas: 263-294

■ 1. GUSTAVO LE BON Y SU ÉPOCA: LA CRISIS DE ÉPOCA Y LA "ERA DE LAS MASAS" COMO MARCO DE REFERENCIA. ■ 2. OBRAS DE GUSTAVE LE BON Y TRADUCCIONES AL CASTELLANO (Selección).

RESUMEN

Gustave Le Bon (1841-1931) es una de esas personalidades polifacéticas y difíciles de encasillar que proliferaron a finales del siglo XIX y entre los dos siglos. Fue sociológico y psicólogo social, sobre todo de la psicología social de orientación sociológica (aunque también médico, fisiólogo e higienista). En realidad, fue uno de los fundadores principales de la psicología social, cuyo enfoque fue mantenido en numerosas obras, como *Psicología de las multitudes*, *Psicología del Socialismo*, *Psicología de las Revoluciones*, etcétera. Esa nueva «psicología de masas» afrontaría un nuevo fenómeno de la modernidad industrial caracterizado por el surgimiento de la «multitud» como agrupamiento humano especialmente proclive hacia la irracionalidad, la manipulación de dirigentes y líderes políticos, sindicales y religiosos. Le Bon realza la importancia de la sugestión y la imitación en el comportamiento irracional de las multitudes y sus consecuencias sociales, políticas y jurídicas. Le Bon, con harta frecuencia, ha sido infravalorado, y sin embargo, se ha afirmado, que excepto Sorel, y sin duda Tocqueville, ningún sabio francés ha tenido una influencia igual a la de Le Bon, el cual escribió libros de una extraordinaria repercusión en todos los ámbitos. Le Bon analiza el fenómeno de masas desde un enfoque positivista y fenomenológico del comportamiento de los individuos y grupos en las sociedades de masas.

PALABRAS CLAVE: sociedad de masas, movimiento sindical, democracia de masas, teorías elitistas, carisma y liderazgo social y político.

ABSTRACT

Gustave Le Bon (1841-1931) is one of those multifaceted and difficult to pigeonhole personalities that proliferated at the end of the 19th century and between the two centuries. He was a sociologist and social psychologist, especially of sociologically oriented social psychology (although he was also a physician, physiologist and hygienist). In fact, he was one of the main founders of social psychology, whose approach was maintained in numerous works, such as *Psychology of Crowds*, *Psychology of Socialism*, *Psychology of Revolutions*, and so on. This new "mass psychology" would confront a new phenomenon of industrial modernity characterized by the emergence of the "multitude" as a human grouping especially prone to irrationality, manipulation of political, union and religious leaders and leaders. Le Bon emphasizes the importance of suggestion and imitation in the irrational behavior of crowds and its social, political and legal consequences. Le Bon has too often been underestimated, and yet it has been claimed that, except for Sorel, and certainly Tocqueville, no French scholar has had an influence equal to that of Le Bon, who wrote books of extraordinary impact in all fields. Le Bon analyzes the mass phenomenon from a positivist and phenomenological approach to the behavior of individuals and groups in mass societies.

KEYWORDS: mass society, trade union movement, mass democracy, elitist theories, charisma and social and political leadership.

“El hombre actual ha de ponerse a la altura de su situación social e histórica para no ser impulsado ciegamente por las fuerzas de su tiempo. Tiene que encontrar valor para estudiar su propio presente con la agudeza del análisis científico, pero tiene que ir también hacia la transformación, no ya de sí mismo, sino de su pensamiento”

Karl Mannheim¹

1. GUSTAVO LE BON Y SU ÉPOCA: LA CRISIS DE ÉPOCA Y LA “ERA DE LAS MASAS” COMO MARCO DE REFERENCIA

Gustave Le Bon (1841-1931) es una de esas personalidades polifacéticas y difíciles de encasillar que proliferaron a finales del siglo XIX y entre los dos siglos. Fue sociológico y psicólogo social, sobre todo de la psicología social de orientación sociológica (aunque también médico, fisiólogo e higienista). En realidad, fue uno de los fundadores principales de la psicología social, cuyo enfoque fue mantenido en numerosas obras, como *Psicología de las multitudes*, *Psicología del Socialismo*, *Psicología de las Revoluciones*, etcétera. Esa nueva “psicología de masas” afrontaría un nuevo fenómeno de la modernidad industrial caracterizado por el surgimiento de la “multitud” como agrupamiento humano especialmente proclive hacia la irracionalidad, la manipulación de dirigentes y líderes políticos, sindicales y religiosos. Le Bon realza la importancia de la sugestión y la imitación en el comportamiento irracional de las multitudes y sus consecuencias sociales, políticas y jurídicas. Le Bon, con harta frecuencia, ha sido infravalorado, y sin embargo, se ha afirmado, que excepto Sorel, y sin duda Tocqueville, ningún sabio francés ha tenido una influencia igual a la de Le Bon, el cual escribió libros de una extraordinaria repercusión en todos los ámbitos.² Analiza el fenómeno de masas desde un enfoque positivista y fenomenológico del comportamiento de los individuos y grupos en las sociedades de masas.

En su opinión, expresada en su *Psicología de las multitudes*, “la multitud busca un líder, vale decir, una figura poderosa que encauce sus energías irracionales hacia fines constructivos”.³ La multitud era una agregación colectiva que actuaba por “imitación” de situaciones y comportamientos sin reflexividad y conciencia “individual”. En la psicología de las multitudes se agruparía, aparte del propio Le Bon, un amplio conjunto de teóricos como Sighele, Ferri, Tylor, Lang, Freud. Estaría influenciado

1 Mannheim, K., *El hombre y la sociedad en la época de crisis*, trad. Francisco Ayala, Edersa, Madrid, 1936, pág. 267.

2 Moscovicí, S., *La era de las multitudes. Un tratado histórico de psicología de las masas* (1981), FCE, México, 1985, pág. 71. Subraya el dato significativo de que Le Bon quedó fuera de la Universidad y de las Academias, siendo, pues, un outsider, al margen de los círculos oficiales, lo que no le impidió entregarse infatigablemente a la investigación tratando de responder a los interrogantes de su época (págs. 74 y sigs.). Le Bon sería, así, un pensador de “universalidades” más que de “universidades”.

3 Le bon, G., *Psicología de las multitudes*, trad. de J.M. Navarro Palencia, Madrid, Daniel Jorro Editor, 1903. Reedición crítica: Le bon, G.: *Psicología de las multitudes*, trad. de J.M. Navarro Palencia, edición crítica y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada (Colección Crítica del Derecho), 2012.

(ciertamente en interinfluencia recíproca), a su vez, por autores como Gabriel Tarde y el filósofo Henri Bergson (especialmente en su concepción del "intuicionismo" o la filosofía de la "imitación").⁴ La intención de Le Bon era fundar una nueva ciencia cuyo nombre sería la "psicología de las multitudes".⁵ Pero una nueva ciencia social orientada a la acción, pues "el conocimiento de la psicología de las muchedumbres es hoy —afirma— el último recurso del hombre de Estado, que quiere, no gobernarlas (puesto que la cosa se ha hecho bien difícil), sino al menos no ser gobernado por ellas".⁶ Pero esa idea perduraría mucho después cuando se afirma que "la psicología de las multitudes es, pues, la ciencia de una nueva política", que "rechaza una política basada sobre el interés y la razón"⁷ y que intentaría explicar las causas y las consecuencias del surgimiento de las sociedades de masas. Y su gran preocupación no era otra que la de encontrar antídotos eficaces contra las disfuncionalidades provocadas por el advenimiento de las multitudes en la historia, insistiendo en la responsabilidad de las élites o conductores en su encauzamiento hacia el orden.

Se está, como señalaba el propio Le Bon, ante una época crítica: "la época actual constituye uno de esos momentos críticos en que el pensamiento de los hombres está en vía de transformarse". Considera que existen dos factores fundamentales que "constituyen la base de esta transformación. El primero, es la destrucción de las creencias religiosas, políticas y sociales, de donde derivan todos los elementos de nuestra civilización. El segundo, la creación de condiciones de existencia y de pensamiento enteramente nuevas, a consecuencia de los modernos descubrimientos de la ciencia y de la industria". Con esa perspectiva, realza que "la edad en que entramos será realmente la era de

4 Le Bon había subrayado la importancia de lo que denominó "el renacimiento del intuicionismo" moderno de Bergson. Véase Le bon, G., *La vida de las verdades*, traducción de José Ballester y Gozalvo, M. Aguilar Editor, s/f. Madrid (19...?), págs. 168 a 174.

5 Le bon, G., *Psicología de las multitudes*, trad. de J.M. Navarro Palencia, Madrid, Daniel Jorro Editor, 1903, págs. 14 a 20. Reedición crítica: Le bon, G., *Psicología de las multitudes*, trad. de J.M. Navarro Palencia, edición crítica y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada (Colección Crítica del Derecho), 2012. La muchedumbre es considerada como "el más inestable y transitorio de todos los grupos sociales", y entra en la categoría de "grupos inorganizados", pues las unidades que componen la masa no se encuentran organizadas según una relación recíproca. Es posible excitar deliberadamente a la multitud, pero no por ello se ajustará a un orden predeterminado. También puede guiársela, pero sólo sobre la base de las emociones e ideas de sus miembros, sólo sobre la base de sus propios sentimientos. Cfr. MACIVER, R.M. y PAGE, CH.H.: *Sociología*, trad. de José Cazorla Pérez, Ed. Tecnos, Madrid 1972, pág. 441.

6 Le bon, G.: *Psicología de las multitudes*, trad. de J.M. Navarro Palencia, Madrid, Daniel Jorro Editor, 1903, págs. 17. Y añade que "sólo profundizando algo la psicología de las muchedumbres es como se comprende la acción insignificante que las leyes y las instituciones tienen sobre ellas; cuán incapaces son de tener opiniones fuera de las que le son impuestas; que no se las conduce con reglas basadas sobre la equidad teórica pura, sino buscando aquello que puede impresionarlas y reducir las" (pág. 18). Reedición crítica: LE BON, G.: *Psicología de las multitudes*, trad. de J.M. Navarro Palencia, edición crítica y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada (Colección Crítica del Derecho), 2012.

7 Moscovič, S., *La era de las multitudes. Un tratado histórico de psicología de las masas* (1981), FCE. México, 1985, pág. 45. Pero el mismo Moscovič concluye afirman el carácter científico provisional de la psicología de las multitudes ("La psicología de las multitudes tiene un carácter científico muy provisional. Pero su actualidad es más importante que todo e resto. En efecto, síntomas universales demuestran, a escala de los continentes, la expansión rápida de los fenómenos de masas. Parecen estabilizarse en Europa. En cambio, remontan la pendiente en América latina, en África y en Asia. Allí, en este fin de siglo se observa la repetición, con variantes, de lo que se había producido en el continente europeo a finales del siglo XIX"; pág. 478). El libro de Le Bon, *La psicología de multitudes* es el manifiesto de una ciencia que, con diversos nombres (psicología social, psicología colectiva, etc.), subsiste hasta hoy día, ejerciendo una influencia extraordinaria en prácticamente todos los campos de las ciencias sociales. Se inspiraron en él, autores de la talla de Sorel, Michels, Freud y Ortega; pero también dictadores como Mussolini y Hitler, y populistas como Charles de Gaulle.

las muchedumbres”.⁸ De lo que se trata, subraya lúcidamente, que “el advenimiento de las clases populares a la vida política, es decir, su transformación progresiva en clases directoras, es una de las características más salientes de nuestra época de transición”. No se trata sólo del sufragio universal, pues “el nacimiento progresivo del poder de las muchedumbres, se debe a la propagación de ciertas ideas lentamente implantadas en los espíritus; después a la asociación gradual de los individuos para llegar a la realización de concepciones teóricas. Por la asociación han llegado las muchedumbres a formar ideas, sino justas, al menos conformes con sus intereses, y por ellas a tener conciencia de su fuerza. Inspiradas por ellas fundan sindicatos ante los cuales capitulan todos los poderes, bolsas de trabajo, que a despecho de las leyes históricas de la economía, tienden a regular las condiciones de la economía, tienden a regular las condiciones del trabajo y del salario. Esas mismas muchedumbres envían, por fin, a las asambleas gubernamentales, representantes despojados de toda iniciativa, de toda independencia, que por mandato imperativo, sólo vienen a ser el portavoz de los comités en que fueron elegidos”.⁹

La aparición del factor de masas en la política fue un elemento fundamental de la nueva época naciente. En este sentido el sufragio universal simbolizó la historia del siglo XIX. Ciertamente, para los “creyentes en el sufragio”, la expansión de este derecho constituyó el valor supremo del siglo y brindó pruebas tangibles del derecho de todos, inclusive las porciones cuantiosas de analfabetos en ciertos países, a participar —al menos legal y abstractamente— elecciones parlamentarias, y de esta manera en los asuntos públicos. Dicha garantía fue arrancada, en parte por la fuerza, a las clases medias por quienes carecían de bienes en la creencia ingenua de que sería una panacea capaz de curar todos los sufrimientos reales o supuestos.

Sin embargo, Mosca igualmente tenía razón cuando hablaba del otorgamiento del sufragio como una concesión de las clases dirigentes. Lo cierto es que con las nuevas doctrinas democráticas, el único gobierno legítimo se basa en la soberanía popular, la mayoría numérica de la comunidad política. Pero ya Roberto Michels había hecho notar que “el concepto de democracia se encuentra hoy en un estado de deterioro a mano de los acontecimientos históricos”, pues en Italia, “la democracia aprobó a gritos, al principio, la marcha fascista sobre Roma. Pero de repente, a posteriori, la desaprobó”. Su extralegalidad duraba demasiado. De manera que, piensa, que “la principal disidencia de la democracia italiana con el fascismo no fue jurídica ni lógica, sino de carácter “cronológico”.¹⁰

La multitud es para Le Bon un conglomerado social en el que los individuos diluyen su personalidad en favor de un sentido y espíritu común de pertenencia que subordina lo individual a la fuerza, al poder, de la multitud. En otras palabras: la multitud es un conjunto de individuos que participan

8 Le bon, G., *Psicología de las multitudes*, cit., págs. 10-11. Reedición crítica: Le bon, G., *Psicología de las multitudes*, trad. de J.M. Navarro Palencia, edición crítica y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, 2012. Granada (Colección Crítica del Derecho).

9 Le bon, G.: *Psicología de las multitudes*, cit., págs. 11-12.

10 Michels, R., *Introducción a la sociología política*, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, , Ed. Comares. Granada, 2006. (Colección Crítica del Derecho), págs. 73 y 75.

de una unidad mental, pasando a un segundo plano otros elementos de identificación (v.gr., unidad espacial o unidad racial). Las aspiraciones de las multitudes se perciben como una amenaza para el orden existente: "Hoy las reivindicaciones de las multitudes se presentan cada vez con mayor franqueza, pretendiendo destruir por completo la sociedad actual para llevarla al comunismo primitivo que fue el estado normal de todos los grupos humanos en la aurora de la civilización". Sus reivindicaciones son derechos sociales (que se materializan en la exigencia de prestaciones públicas) frente al Estado o poder público. Y es que, apunta, "poco aptas para el razonamiento, las multitudes, son, por el contrario, muy aptas para la acción. Por su organización actual su fuerza es inmensa".¹¹ Ese poder de las multitudes desafía al orden establecido, con presiones de las asociaciones, sindicatos y otras organizaciones de intereses colectivos: intereses de las muchedumbres o masas que remiten a una fuerza directiva o conductora de reconducción al orden (conductores o líderes), capaces e "hipnotizar" y persuadir a las masas (para lo cual puede utilizarse los medios de comunicación o propaganda más variados y eficaces). Según Le Bon, la sugestión es determinante de la absorción del individuo en la multitud o masa y su fusión con el "conductor" o líder. Con todo, una estrategia política que pretenda gobernar a las masas (no sólo a través del gobierno de la nación, sino también de los Partidos políticos y organizaciones de intereses) ha de ser una política construida alrededor de "imágenes" y mitos fácilmente discernibles por las multitudes y los hombres-masa que la integran, sugestionándolos y provocando una representación psicológica de las multitudes. Su visión del gobierno queda reflejada en su idea de que conocer el arte de impresionar a las multitudes, es conocer el arte de gobernarlas.¹²

Ciertamente, el hecho político sustancialmente relevante es "el advenimiento de las clases populares a la vida política, es decir, su transformación progresiva en clases directoras, es una de las características más salientes de nuestra época de transición".¹³ Por ello, el dominio de las multitudes es indispensable para la gobernabilidad políticas en sociedades de masas: "El conocimiento de la psicología de las muchedumbres es hoy el último recurso del hombre de Estado, que quiere, no gobernarlas (puesto que la cosa se ha hecho bien difícil), sino al menos no ser gobernado por ellas".¹⁴ Los gobernantes tienen que indagan sobre el "alma de las muchedumbres" y saber influir en ellas.

El discurso sociológico y político radical de Le Bon tendría una influencia extraordinaria y penetrante en las más diversas orientaciones ideológicas: pensamiento fascista (teorías fascistas de los movimientos de masas), el pensamiento conservador (Spengler, por ejemplo, y en general los teóricos de la "decadencia de occidente"), las teorías elitistas de la democracia y el liberalismo crítico de orientación conservadora (por ejemplo, José Ortega y Gasset y su reflexión sobre la cultura

¹¹ Le bon, G., *Psicología de las multitudes*, cit., págs. 12-13.

¹² Le bon, G., *Psicología de las multitudes*, cit., págs. 44 y sigs. En una perspectiva distinta se ha hecho referencia al "descubrimiento de la imaginación", afirmando que nuestra determinaciones son el resultado del imaginario social de nuestra época. Véase CASTORIADIS, C.: *La institución imaginaria de la sociedad*, 2 vols., Barcelona, Tusquets, 1983, 1989.

¹³ Le bon, G., *Psicología de las multitudes*, cit., pág. 12.

¹⁴ Le bon, G., *Psicología de las multitudes*, cit., pág. 17.

decadente de masas), hasta las mismas orientaciones socialistas (por ejemplo, el sindicalismo revolucionario de Georges Sorel). Pero incluso, aunque desde una perspectiva crítica los grandes teóricos del psicoanálisis desde el mismo Sigmund Freud, el cual llegó a publicar una obra altamente crítica respecto de las tesis mantenidas por Le Bon (*Psicología de masas y análisis del yo*, 1921). Todos ellos habían percibido el hecho social de que la sociedad contemporánea se estaba configurando como una sociedad de masas, atomizada e inorganizada y apta para ser movilizadas, controladas y organizadas por las élites. “En la masa” el individuo queda degradado como “hombre masa” en una colectividad indiferenciada.

En la configuración propia de la tradición conservadora (pero en algunos aspectos extensible o proyectable a ciertas ideologías elitistas democráticas) la sociedad de masas tendría un conjunto de propiedades generales (falta de diferenciación interna, efecto del proceso histórico moderno de igualación y homogeneización de todo el cuerpo social, al que suele denominarse “masificación”; la atomización o fragmentación de la sociedad y el anonimato de sus integrantes y de sus instituciones, lo cual implica un estado de responsabilidad difusa y eludible), de tipo estructural (débil cristalización institucional y de reglas interiorizadas; la falta de elementos de comunidad interna; la polarización estructural entre la masa y una élite del poder manipuladora) y cultural (la llamada cultura de masas es una cultura popular vulgarizada, con una ética difusa y de débiles convicciones morales y de ordinario superficial e incluso vulgar).¹⁵

En la perspectiva conservadora (que es la que se sitúa el modo de pensar de Le Bon), la psicología de las multitudes tendría como tarea principal abordar el problema político-social consistente en el hecho de que las multitudes en las sociedades de masas tienden a la desobediencia y a la puesta en cuestión del orden establecido expresando abiertamente su poder. Un problema político-social que tiene la virtualidad potencial de incidencia en la pervivencia de la civilización occidental. Parte de este problema se verá resuelto en términos de absorción del poder constituyente en los poderes constituidos; es decir, en los términos propios de psicología de las masas: la sustitución/desplazamiento de las multitudes espontáneas e inorganizadas (multitudes naturales), por masas disciplinadas (multitudes artificiales), que ceden su “potencia” en dichos poderes constituidos (partidos, sindicatos, asociaciones y el mismo sistema institucional estatal).¹⁶

La percepción negativa de la democracia parlamentaria de un autor liberal conservador como Le Bon entronca con el enfoque crítico realizado no sólo por Carl Schmitt,¹⁷ sino también con el anterior

¹⁵ Véase Giner, S., *La sociedad masa: Ideología y conflicto social*, Madrid, Seminarios y Ediciones, 1971, págs. 23 a 26.

¹⁶ Para el enfoque de esta problemática desde el poder constituyente puede consultarse en su proyección específica en el campo de lo social con la formación de la constitución de la clase trabajadora, Monereo Pérez, J.: *Fundamentos doctrinales del derecho social en España*, Madrid, Ed. Trotta, 1999, espec., págs. 191 y sigs.

¹⁷ Quien postuló un reforzamiento de los poderes presidenciales frente un Parlamento de heterogénea composición y la uniformización de la vida política y social, con la prohibición de los partidos políticos democráticos y de las organizaciones sindicales que identifican el interés colectivo de los trabajadores. Véase Schmitt, C., *Legalidad y legitimidad, traducción de la 4ª edición*, Duncker & Humblot, Berlín 1988, edición y estudio preliminar, “La tensión entre los principios de legalidad y legitimidad en Carl Schmitt” (pp. IX-XXIX), a cargo de J.L. Monereo Pérez y Cristina Monereo Atienza, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2006, passim.

análisis de Max Weber sobre la que denominó democracia plebiscitaria.¹⁸ Por su parte, Otto Kirchheimer¹⁹ hizo notar que las sociedades post-liberales caracterizadas como “democracias de masas” tienen un carácter esencialmente compromisorio o transaccional,²⁰ que en caso de perderse deriva en un régimen eminentemente autoritario. En el régimen de democracia de masas la gobernabilidad se consigue mediante el establecimiento de una red de acuerdos político-sociales entre las diversas organizaciones de intereses dentro de una sociedad esencialmente pluralista. Esa red de acuerdos supuso, en su opinión, una coexistencia contradictoria entre los tradicionales derechos individuos y los nuevos derechos y garantías constitucionales concedidas a los grupos.²¹ Desde una perspectiva más estructural y dinámica, el pluralismo constitucional encontraba una expresión cualificada en el ordenamiento de la constitución del trabajo, donde garantizaba un derecho de autodeterminación colectiva, capaz de generar un Derecho social autónomo más allá del estatismo que había presidido

18 Véase *La política como vocación, en El político y el científico*, Madrid, Alianza, 1967, págs. 128 y sigs. (“Ahora se convierte en jefe aquel a quien sigue la maquinaria del partido, incluso pasando por encima del parlamento. La creación de tales máquinas significa, dicho con otras palabras, la instauración de la democracia plebiscitaria”; *Ibid.*, pág. 130). Véase WEBER, M.: *Política y ciencia y otros ensayos de sociología, edición y estudio preliminar*, “Modernidad y racionalización del poder y del Derecho. La crítica de la razón instrumental en Max Weber” (pp. IX-LXII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2013. Ahora bien, existen diferencias entre Schmitt y Weber, sobre todo por lo que atiende a la compatibilidad del liderazgo con una democracia parlamentaria y a la encarnación por el líder de los valores de la democracia. Sobre el tema es útil la consulta de MONMSEN, W.: “Acerca del concepto de ‘democracia plebiscitaria del líder’”, en WEBER, M.: *Max Weber. Sociedad, política e historia*, Buenos Aires, Alfa, 1981, págs. 49 y sigs. Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: “La racionalidad del Derecho en el pensamiento de Max Weber: teoría e ideología”, estudio preliminar WEBER, M.: *Sociología del Derecho*, edición a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, págs. IX a CLII. Un estudio completo sobre el pensamiento social, político y jurídico de Max Weber, en MONEREO PÉREZ, J.L.: *Modernidad y capitalismo. Max Weber y los dilemas de la Teoría Política y Jurídica*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, 439 páginas.

19 Sobre el pensamiento político y jurídico de Otto Kirchheimer, véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *Estado y democracia en Otto Kirchheimer*, estudio preliminar a KIRCHHEIMER, O.: *Justicia política. Empleo del procedimiento legal para fines políticos*, trad. R. Quijano, revisión, edición a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, págs. XIII-CLXXXV; KIRCHHEIMER, O.: ‘Zur Staatslehre von Sozialismus und Bolschewismus’ in LUTHARDT, W. (Ed.): *Von der Weimarer Republik zum Faschismus: Die Auflösung der demokratischen Rechtsordnung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, (1976), págs. 32-52. Véase, asimismo, MONEREO PÉREZ, J.L.: *El Derecho en la democracia constitucional. La teoría crítica de Gustav Radbruch*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2020, espec., págs. 127 y sigs., y 161 y sigs.; RADBRUCH, G.: *El hombre en el Derecho. Conferencias y artículos seleccionados sobre cuestiones fundamentales del Derecho*, edición y estudio preliminar, “Gustav Radbruch: un modelo de jurista crítico en el constitucionalismo democrático social” (pp. IX-LXIII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2020, espec., págs. 11 y sigs., y 61 y sigs.

20 No obstante, ese carácter compromisorio de la Constitución de Weimar había sido más convincentemente destacado por Hermann Heller, HELLER, H.: *Teoría del Estado*, edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004; “Libertad y forma en la constitución del imperio”, en HELLER, H.: *El sentido de la política y otros ensayos*, Valencia, Pre-textos, 1996, págs. 61 y sigs. Tras dejar constancia del carácter transaccional de la Constitución de Weimar de 1919, afirma que “Tenemos derechos a exigir respeto para ella a todos los ciudadanos alemanes de todas las orientaciones políticas, porque esta forma constitucional garantiza a todos los grupos idénticas condiciones de lucha” (*Ibid.*, pág.67). En este sentido la Constitución contiene para él una decisión política fundamental, basada en la formación de la voluntad política a través de las reglas de la democracia y del consenso entre las distintas fuerzas constituyentes. Cabría hablar así de “decidibilidad compleja”. Véase, ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: *La defensa del Estado Social de Derecho: La teoría política de Hermann Heller*, Barcelona, El Viejo Topo, 2009, espec., págs. 19 y sigs.

21 Véase KIRCHHEIMER, O.: “Changes in the Structure of Political Compromise”, *Zeitschrift für Sozialforschung*, núm.9 (1941), págs. 264 a 289

el sistema liberal y las primeras intervenciones del Estado social.²² En esta línea de pensamiento, a pesar de un cierto escepticismo, Otto Kirchheimer consideraba necesario superar el modelo de democracia "plebiscitaria" postulando los viejos principios de una democracia participativa de todos los ciudadanos en la construcción del proyecto de sociedad, elemento éste necesario para superar la concepción reductiva de la democracia como simple procedimiento competitivo entre élites desligadas de la opinión pública.²³

Por otra parte, en su análisis de la sociedad de masas y del "partido de masas" o "atrápalo todo", Kirchheimer muestra la incapacidad de los partidos políticos contemporáneos (como organismos de mediación entre los ciudadanos y los cuerpos electivos) para organizar la identidad colectiva y realizar una política emancipatoria.²⁴ El proceso corre en paralelo con el refugio en la sociedad civil de individuos no inclinados hacia la participación activa, la cual se ve en cierta medida sustituida por el interés "pasivo" como sujetos consumidores y perceptores de prestaciones públicas objeto de transacción en el mercado político.²⁵ Es, éste, un enfoque privatista de la política. Kirchheimer supo ver antes que ningún otro las fuertes tendencias hacia el desplazamiento de la centralidad del Parlamento por los grandes partidos políticos ("de todo el mundo") con ideología difusa y pragmatismo electoral, y la conversión del espacio político en "mercado" electoral y de intercambio de ofertas de consumo. De este modo la política queda sujeta a criterios puramente funcionales de control social e instrumentalización al servicio de las racionalidades económicas y distributivas.²⁶

La forma del partido de masas encuentra una dimensión en la estructura interna y decisoria de los partidos políticos.²⁷ A medida que los partidos se masifican se refuerzan las tendencias hacia

22 En este sentido son esenciales las contribuciones de Sinzheimer, Fraenkel y Korsch. Véanse los textos recogidos en el libro AA.VV.: *Laboratorio Weimar. Conflitti e Diritto del Lavoro nella Germania Prenazista*, a cuidado de G. Arrigo y G. Vardaro, Roma, Ed. Lavoro, 1982, passim. Para la problemática epocal de la constitución social del trabajo y Derecho social autónomo, véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *Democracia pluralista y Derecho Social. La teoría de Georges Guvitch*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2021, págs. 63 y sigs., Capítulo IV ("Derecho social y sociedad democrática: el derecho social en la constitución jurídica de la democracia política"), págs. 157 y sigs.; MONEREO PÉREZ, J. L.: "Democracia social y económica en la metamorfosis del Estado moderno: Harold J. Laski". *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 11(1), (2021) 298-377. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.5426>

23 Véase, contemporáneamente, Habermas, J.: *Historia y crítica de la opinión pública*, Barcelona, Gustavo Gili, 1982.

24 Sobre los partidos políticos en la República de Weimar, véase Kühnl, R., *La República de Weimar. Establecimiento, estructuras y destrucción de una democracia*, Valencia, Eds. Afons El Magnànim, 1991, págs. 107 y sigs., y 223 y sigs. Vid. infra, apdo. 2.

25 Véase, en una perspectiva general, Cohen, J.L., ARATO, A.: *Sociedad civil y teoría política*, México, FCE, 2000.

26 Ese enfoque sería el punto de partida, y objeto de amplio desarrollo, en el marco de una revisada crítica de la razón instrumental y utilitaria por HABERMAS, J.: *Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública*, trad. de A. Doménech, Barcelona, G. Gili, 1981.

27 Véase MICHELS, R.: *Partidos políticos*, Buenos Aires, Amorrortu, 1968, donde formula su conocida "ley de hierro de la oligarquía" en los partidos políticos. Para Michels existe una tendencia oligárquica existente en toda organización humana. Su pensamiento se entronca con las teorías de Weber de "pequeño número", por lo que entiende que toda organización está sometida a la ley social de que tarde o temprano estará dominada por unos pocos, de manera que el crecimiento de la organización produce el efecto inverso de la disminución de la democracia.

Aunque con una caracterización más tradicional (con base la distinción entre partidos de "cuadros" y partidos "de masas"), es importante el ensayo clásico de DUVERGER, M.: *Los partidos políticos*, México, FCE, 1958.

la centralización y la formación de élites y grupos oligárquicos dentro de los partidos políticos. El resultado es que el pluralismo desemboca en un elitismo competitivo.²⁸ Existe una tendencia hacia la personalización del poder en la democracia de masas,²⁹ de ahí la fuerte proclividad hacia los "elementos emocionales" que pueden incidir negativamente en el funcionamiento de la democracia de masas.³⁰ En la nueva democracia elitista el Parlamento asume un papel secundario, ya que por encima está "el dictador plebiscitario que, por medio de la maquinaria, arrastra a la masa tras sí y para quien los parlamentarios no son otra cosa que simples prebendados políticos que forman su séquito".³¹ Para Max Weber en la democracia de masas "domina siempre la actividad política el principio del pequeño número, esto es, la superior capacidad de maniobra de los pequeños grupos dirigentes. Este rasgo "cesarístico" es imposible de eliminar (en los estados de masas)".³² En opinión de Weber, el partido burocrático de masas es una manifestación del avance de la democracia plebiscitaria, que puede llevar a la implantación del "dictador plebiscitario", el cual mediante la conjunción del carisma y de un aparato adicto, provoca la adhesión de las masas para sus propios fines políticos.³³ He aquí su vínculo explícito con la teoría política elitista de Pareto, de Michels³⁴ y Mosca,

28 Véase, desde una perspectiva actual, RIMOLI, F.: *Pluralismo e valoricostituzionali*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1999, espec., cap.I.

29 Esa constatación es un mérito innegable de Weber. En este sentido MOMMSEN, W.: "Acerca del concepto de "democracia plebiscitaria del líder", en *Max Weber: Sociedad, política e historia*, Buenos Aires, Alfa, 1981, págs. 81-82.

30 Weber, M., "Parlamento y gobierno en el nuevo ordenamiento alemán", en *Escritos políticos, vol.I., México, Folios, 1982, pág. 159.*

31 Weber, M., "La política como vocación", cit., págs. 136-137.

32 Weber, M., "Parlamento y gobierno en el nuevo ordenamiento alemán", cit., pág. 102. Esta idea influyó de modo determinante en el pensamiento de H. Heller, para el cual "Toda organización, sin embargo, precisa de autoridad y todo ejercicio de poder está sujeto a la ley del pequeño número; los que actualizan las actividades de poder unidas en la organización han de disponer siempre de una determinada suma de libertad de decisión y, con ello, de poder no limitado democráticamente". Cfr. HELLER, H.: *Staatslehre*, 3ª ed., Nijhoff, Leyden 1971, pág. 247 (en la traducción castellana *Teoría del Estado* (1934), Granada, edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Ed. Comares, 2004). Idea que refuerza con la vinculación de la democracia a la "ley de los pequeños números". En tal sentido HELLER, H.: *Politische Demokratie, und soziale Homogenität* (1928), en *Gesammelte Schriften, vol. 2*, cit., pág. 426. (trad. española, "Democracia política y homogeneidad social", en HELLER, H.: *Escritos políticos*, Prólogo y Selección de A. López Pina, Madrid, Alianza, 1985, págs. 257 a 268. Según Heller "para que una masa amorfa se convierta en creativa, necesita un líder. La relación de la masa con el líder es la del contenido y la forma formante". Cfr. Heller, H.: *Gesellschaft und Staat* (1924), en *Gesammelte Schriften, 2ª ed.*, Mohr, Tübingen, 1992, pág. 265.

33 Véase Lenk, K., y Neumann, F. (eds.): *Introducción a Teoría y sociología críticas de los partidos políticos*, trad. del. de Otto, Barcelona, Ed. Anagrama, 1980, págs. 51-52. Véase, ampliamente, BREUER, S.: *Burocracia y carisma. La sociología política de Max Weber*, Valencia, Alfons El Magnànim, 1996, págs. 141 y sigs. ("El carisma del dirigente"), quien apunta que Max Weber reconoció correctamente las tendencias personalista-plebiscitarias de las modernas democracias de masas, pero no sus efectos estructurales pluralistas y "heteroárquicos", no menos pronunciados. Se muestra especialmente crítico al señalar que cualesquiera que hayan sido los motivos, la teoría de la política que Weber desarrolló en aquellos años era insuficiente y condujo a posiciones constitucionales que al final causaron exactamente lo contrario de lo que Weber se había propuesto con ellas. El Presidente elegido plebiscitariamente, que había de proteger al Estado institutivo y burocrático de los procesos carismáticos, se reveló como un ingenuo que invitó a casa a los incendiarios, y la democracia de dirigente con máquina se reveló como un aparato preparado para corriente de baja intensidad que fue roto por las energías aplicadas. Con los "poderes diabólicos", al menos esto lo han enseñado las experiencias de Weimar, no se puede hacer política y mucho menos un Estado. En este sentido, La política como profesión es un texto envejecido (Ibid., pág.169).

34 Advértase que según Robert Michels la democracia se desnaturaliza hasta llegar a desaparecer conforme se incrementa la organización de los partidos. En este sentido MICHELS, R.: *Soziologie des Parteiwesens* (1911), reimpresión de la 2ª ed., a cargo de W. Conze, Stuttgart, 1970, pág. 26.

que había penetrado fuertemente en la cultura europea de la época.³⁵ Para él la “democracia plebiscitaria” (el tipo más importante de democracia de jefes) “es, según su sentido genuino, una especie de dominación carismática oculta bajo la forma de una legitimidad derivada de la voluntad de los dominados y sólo por ella perdurables”.³⁶ Kirchheimer, como Weber, se mostraba preocupado por el incremento del poder político de los líderes en el sistema de partidos de masas y el riesgo de derivación de la democracia del líder³⁷ en “dictadura” o tiranía del líder.³⁸ Pero, como otros autores ius-socialistas de la época, su adhesión indiscutible a la República de Weimar se realizó desde un cierto escepticismo sobre las posibilidades reales de superar el contradictorio compromiso alcanzado en la constitución de 11 de noviembre de 1919. De ahí la fácil tentación hacia el decisionismo, al que no sucumbió sólo Kirchheimer sino también el propio Franz Neumann, aunque, bien es cierto, que ello se hizo precisamente desde su adhesión a la República de Weimar.³⁹

El desarrollo de los partidos de masas “de todo el mundo” o “partido profesional-electoral” determina una doble consecuencia interrelacionada: por un lado, una transformación ideológica, que supone explícitamente dejar de ser un partido de “clase”; y, por otro, una mutación en el mismo interior de la estructura organizativa del partido que hace predominar a la tecnocracia. Con todo,

35 Véase MOSCA, G.: *La clase política*, México, FCE, 1990; PARETO, W.: *Las transformaciones de la democracia*, Madrid, Edersa, 1983; MICHELS, R.: *Los partidos políticos*, Buenos Aires, Amorrortu, 1973. Véase, con planteamiento crítico, BACHRACH, P.: *Crítica de la teoría elitista de la democracia*, Buenos Aires, Amorrortu editores, 1973, págs. 31 y sigs., con referencia también al elitismo de Joseph Schumpeter.

36 Weber, M.: *Economía y sociedad*, México, FCE, 1974, pág. 215.

37 Kelsen ya había hecho una defensa de la democracia parlamentaria frente al líder carismático: “En general, la democracia es un suelo desfavorable para el ideal de un líder, ya que ésta no fomenta el principio de autoridad como tal. Y puesto que el arquetipo de toda autoridad es el padre, debido a que en él se halla la experiencia original de autoridad, la democracia —como Idea, claro está— es una sociedad carente de padre. Trata de ser, hasta donde ello es posible, una asociación de iguales carente de líderes. Su principio es la coordinación, y su forma más primitiva es la relación de fraternidad matriarcal. Y así, en un sentido más profundo del que jamás se tuvo en mente, la democracia mora bajo la triple estrella de la Revolución francesa: libertad, igualdad, fraternidad”. Cfr. KELSEN, H.: “State-form and world-outlook”, en KELSEN, H.: *Essays in legal and moral philosophy*, Dordrecht-Holanda, D. Reidel, 1973, págs. 95 a 113, en particular págs. 105-106. Sobre el pensamiento de Kelsen, véase 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, espec., Capítulo 4 (“La democracia parlamentaria en Kelsen. “Esencia” y “valor” de la Democracia”), págs. 103-295. MONEREO PÉREZ, J. L.: “Sociología crítica del derecho y teoría jurídica en Hans Kelsen”. *Revista De Estudios Jurídico Laborales Y De Seguridad Social (REJLSS)*, (6), (2023) 327-349. <https://doi.org/10.24310/rejls.vi6.15353>. Frecuentemente se suele desconocer la extraordinaria aportación de Kelsen a la sociología como disciplina autónoma separada del campo específico de la ciencia jurídica. Para verificarlo, véase su obra clásica KELSEN, H.: *Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica (1943)*, Prefación del autor a la edición castellana, trad. Jaime Perriau, revisión técnica y edición a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2022. Al respecto, consúltese MONEREO PÉREZ, J.L.: “La ciencia jurídica en la crisis del constitucionalismo democrático: Hans Kelsen”. *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, 12 (2), (2022) 1-74. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.7370>.

38 Véase NEUMANN, F.: Note sulle teorie della dittatura, en NEUMANN, F.: *Lo stato democratico e lo stato autoritario*, Bologna, Il Mulino, 1973-1994, págs. 343 y sigs. (“La dittatura totalitaria”). NEUMANN, F.: *Behemoth. Pensamiento y acción en el nacional-socialismo*, trad. V. Herrero y J. Márquez, México-Madrid, FCE, 1983, pág. 38. En una perspectiva diferente, pero igualmente significativa, véase ARENDT, H.: *Los orígenes del totalitarismo, 2 vols.*, Barcelona, Planeta-Agostini, 1994.

39 Véase Neumann, F., Mutamenti della funzione della legge nella società borghese, en NEUMANN, F.: *Lo statodemocratico e lo stato autoritario, Bologna, Il Mulino*, 1973-1994, págs. 290 y sigs.

los partidos políticos continúan siendo un cauce de mediación entre la sociedad compleja y el poder político (aunque no pueda afirmarse ya el postulado liberal democrático de una radical separación entre la esfera pública y la esfera privada), cuya función típica reside en la representación y defensa de intereses a través de la formulación de un programa político que intenta hacer practicable en virtud de un poder institucionalmente organizado. Como hizo notar Neumann, los partidos políticos permiten “la representación de intereses particulares y, con gran frecuencia, muy egoísta, como si fueran intereses nacionales. Al propio tiempo, sin embargo, evita la dominación total de los intereses nacionales por los particulares”, de este modo “la función de los partidos políticos en la democracia, por lo tanto, es ambigua”.⁴⁰ Por otra parte, entiende Kirchheimer que el avance del “partido de todo el mundo” determina un cambio funcional en los partidos contemporáneos, los cuales se esfuerzan por abarcar la parte más amplia posible del cuerpo electoral, por lo que se ven obligados a prolongar las ofertas que encuentren audiencia entre los electores más diversos. Es la respuesta autoreflexiva a la situación actual de las sociedades que se orienta cada vez más hacia ideas seculares y hacia bienes de consumo de masas, una sociedad en la cual se alteran las relaciones entre las clases, y los conflictos se expresan con menor fuerza; es la realidad también —que no pudo conocer Kirchheimer— de una sociedad con una estratificación social más difusa y compleja (piénsese, por ejemplo, en la emergencia de la “infraclase” o “subclase” en el mundo actual). Hacer notar Kirchheimer que “el potencial de integración del partido de todo el mundo consiste en una combinación de factores, cuyo resultado final visible radica en obtener para sí el día de la elección el mayor número posible de electores. Para ello es necesario que la imagen del partido penetre en la mente de millones de electores como una imagen en la que se confía. Y su papel en el terreno político tiene que ser el mismo que tiene, en el sector económico, un artículo de uso general, estandarizado y ampliamente conocido”.⁴¹ Ese partido debe adaptar rápidamente su conducta a exigencias generales estandarizadas.

El proceso de transición de los partidos de masas clásicos (con un componente de clase) a los “partidos de todo el mundo” supone un conjunto de consecuencias de dimensión estructural: a) una tendencia a la desideologización relativa y una centralidad de la propaganda política en el mundo de los valores de amplia aceptación del electorado; b) mayor influencia en el partido de los grupos de interés y la transformación de organizaciones afines (del tipo sindical, por ejemplo) en grupos de interés diferenciado; c) reforzamiento del poder, y autonomización consiguiente, de los líderes del partido, que se apoyan financieramente más en los grupos de interés que en los propios afiliados; d) un debilitamiento de las relaciones entre el partido y su electorado, al devaluarse los factores de implantación y comunidad cultural.⁴² El cuerpo electoral se hace más inseguro, ya que se crean tan

40 Neumann, F.: *The Democratic State and the Authoritarian State*, Londres, Free Press of Glencoe, 1964, pág.13.

41 KIRCHHEILMER, O.: “El camino hacia el partido de todo el mundo”, en LENK, K., y Neumann, F.(eds.): *Teoría y sociología críticas de los partidos políticos*, trad. del. de Otto, Barcelona, Ed. Anagrama, 1980, pág. 138.

42 Aparte del análisis del propio Kirchheimer en el ensayo citado (“El camino hacia el partido de todo el mundo”), véase la exposición de síntesis de PENEBIANCO, A.: *Modelos de partido*, Madrid, Alianza, 1990, pág. 490.

sólo lealtades provisionales, contingentes.⁴³ En la actualidad, el contacto permanente y directo con sus seguidores es más intenso en los grupos de interés, de índole económica o ideológica, o de ambas al mismo tiempo, por lo que se halla en condiciones más idóneas de ofrecer una reserva masiva de electores fácilmente accesibles. Pero el nexo entre los partidos y los grupos de interés (especialmente los sindicatos) ya no es el mismo que en la época anterior a la Segunda Guerra Mundial; son mutuamente independientes, pero el factor decisivo es que los papeles respectivos han cambiado y existen conflictos en torno a la orientación política de los sindicatos. Dato relevante a retener es el propio reforzamiento de la acción política de los sindicatos, en el sentido de que la participación de las organizaciones sindicales en la negociación política puede ser un indicio que muestra que en algunos aspectos los movimientos sindicales han tomado la iniciativa política de los partidos políticos tradicionales de izquierdas. Todo ello supone una gradual inversión del modo de entender las funciones respectivas de las organizaciones sindicales y los partidos políticos que en el pasado habían acogido tanto los movimientos de izquierda más radical como los que defendían la teoría de la institucionalización del conflicto de clases.

En otro orden de ideas, la multitud o muchedumbre (que, por cierto, viene siendo utilizada de modo diferenciado y específico más recientemente por Toni Negri y Michael Hardt, como emergencia de una nueva subjetividad difusa en el ámbito de la sociedad global actual), viene referida como un fenómeno de agregación social de carácter difuso y no institucionalizado o formalizado. Conceptualmente aparece cuando se percibe en la emergencia en la crisis de la modernidad liberal la emergencia de las masas en la vida política a través de la “cuestión social” y la apertura del sistema de la democracia parlamentaria conformándose como “democracia de masas”. Su utilización encuentra un origen polivalente: desde el marxismo histórico hasta la más próxima del marxismo crítico de Toni Negri, pasando por la extendida y muy influyente utilización en el marco de la psicología social, muy especialmente a través de la construcción conservadora y pesimista propuesta por Gustave Le Bon.

En el contexto de una sociedad global, Negri aduce la potencia de la multitud, como nueva subjetividad difusa comunitaria (la multitud sería un “sujeto político” dotado de poder constituyente), frente al encorsetamiento del “pueblo” en el marco del Estado nacional. La multitud (que no identifica con “pueblo”) se vincula en Negri a auge de los nuevos movimientos sociales que dominan la escena en la mundialización (las rebeliones de Seattle, Davos, Génova, Praga, Buenos Aires, Porto Alegre, Berlín, Barcelona, y otras expresiones de contestación abierta a nivel internacional) y a la pérdida de centralidad política de la clase obrera. En esa perspectiva, la noción de multitud vendría a desplazar —o incluso a reemplazar— al concepto de lucha de clases, como motor de los programas

⁴³ Según Kirchheimer “el carácter específico del partido de todo el mundo contribuye menos a la formación de un conjunto de miembros leales, y sus fuerzas no bastan de ningún modo para introducir un cambio en las elecciones. Pero el resultado de un debate ante la televisión es inseguro, o pasa tan rápidamente sobre los electores que no dejan una impresión que dure hasta el día de las elecciones. Por ello el partido popular está, en última término, obligado a procurarse un electorado más estable”. Cfr. KIRCHHEIMER, O.: “El camino hacia el partido de todo el mundo”, en LENK, K., y NEUMANN, F. (eds.): *Teoría y sociología críticas de los partidos políticos*, trad. del. de Otto, Barcelona, Ed. Anagrama, 1980, pág. 339.

de transformación del orden social en la crisis de la modernidad. Con una no oculta visión optimista de la actual etapa histórica, entienden Negri y Hardt que “las fuerzas creativas de la multitud que sostienen al Imperio son también capaces de construir un contra-Imperio”, dado su potencial emancipador. Por ello consideran que “el Imperio crea un potencial para la revolución mucho mayor que el de los regímenes modernos de poder, porque nos presenta, a lo largo de la máquina de comando, frente a una alternativa: el conjunto de todos los explotados y subyugados, una multitud directamente opuesta a Imperio, sin mediación entre ellos”. Así, la multitud, como nueva categoría socio-histórica, no puede ser identificada con las masas o el pueblo, en su acepción técnica, porque a diferencia de las nociones de masa o de pueblo, no necesitaría de líderes dirigentes ni de representantes —electos o no—, ni tampoco dependería del Estado nacional.⁴⁴

En este orden de ideas, uno de los aspectos más problemáticos de la concepción de la multitud en Negri y Hardt reside en entender que la multitud podría movilizarse sin necesidad de líderes, es decir, que la multitud podría gobernarse por sí misma, consolidándose el poder de la multitud a través de la intensificación de la democracia. No habría necesidad entre líderes y masas seguidoras. Esa multitud es para ellos una nueva subjetividad política que no puede ser equiparada a la noción de clase social en sentido técnico. Pero también la multitud (como multiplicidad de singularidades, que de ningún modo puede hallar una unidad representativa) se opone a las categorías sociales de “pueblo” y de “masa” insertas en el marco tradicional de la soberanía nacional propia de la modernidad. Para ellos, el pueblo es una unidad artificial construida con el advenimiento del Estado moderno (una unidad artificial que necesita el Estado moderno como base de la ficción de legitimación; el pueblo pertenece a la amplia categoría de las “multitudes artificiales”); mientras que la masa se vincula, al menos originariamente, a las fuerzas del trabajo del sistema capitalista (es un concepto que la sociología realista asume como base del modo capitalista de producción, tanto en la figura liberal como en la figura socialista de administración del capital; en cualquier caso es una unidad indiferenciada). La multitud, a diferencia de esas categorías de la modernidad, se resuelve en una multiplicidad de singularidades, esto es, un “sujeto social” cuya diferencia específica no puede reducirse a uniformidad, sino que intrínsecamente remite a una realidad fenoménica plural y múltiple.⁴⁵ No obstante, resulta paradójico e incurre en un exceso de optimismo —que los hechos no parecen confirmar— la consideración de que la multitud asumiría una conciencia colectiva y un papel activo autónomo en el proceso de transformación de la sociedad capitalista; tanto más cuanto se constata que actualmente existe un proceso de individualización y un desencanto político que más bien llevan hacia la despolitización.⁴⁶ Pero las multitudes actuales aparecerían, de nuevo, como al expresión de una disgregación de los marcos tradicionales de organización social.

44 Véase Negri, T. y Hardt, M., *Imperio*, Madrid-Buenos Aires, Ed. Paidós, 2002; NEGRI, T.: *Spinoza subversivo* (1992), Madrid, Ed. Akal, 1999.

45 Hardt, M. y Negri, A.: *Multitud*, Barcelona, Ed. Debate, 2004, espec., págs. 120 y sigs.

46 Véase el planteamiento crítico de DEAN, J. y PASSAVANT, P.: *The Empire's new clothes: Reading Hardt and Negri*, Londres, Routledge, 2003, pág. 22, passim; y la crítica de Danilo Zolo en NEGRI, A. y ZOLO, D.: “El imperio y multitud. Un diálogo sobre el Nuevo Orden de la Globalización. Da Reset. Publicado en Internet por Rebelión y extraído el 6 de junio de 2009 desde <http://www.Scribd.Com/doc/8549570/Toni-Negri-Danilo-Zolo-EI-Imperio-y-la-Multitud>, 2002.

Según Le Bon, el fenómeno de masas o muchedumbre no es un cambio coyuntural sino un cambio epocal, por ello hacía referencia a una nueva era: la "era de las masas". Para Le Bon, la multitud o masa, surgida a partir de la modernización industrial, y los procesos de proletarización y urbanización era una degeneración social ("anomalía" o "degeneración" social) de los individuos, pues reflejaría el predominio de lo irracional, neutralizaba la libertad individual y facilitaba su manipulación por líderes (con más o menos prestigio —o como diría después Max Weber "carisma"— entre las masas que se mueven por impulsos y una emotividad irracional).⁴⁷ Lo que une de partida a las masas o muchedumbres es una unidad mental o alma colectiva, que solo comparece con una cierta homogeneidad cuando se trata de la acción colectiva (cuyo impulso fundamental son las creencias en cuanto que dan forma a la colectividad), la cual hace pasar a un segundo plano la personalidad individual. La idea de degeneración, muy extendida a finales del siglo XIX, reflejaba una orientación inequívocamente pesimista del desarrollo histórico y se situaba ante el generalizado declive del liberalismo clásico originario, con la emergencia de las multitudes y el auge de la llamada "cuestión social". La idea de degeneración mantendría una línea recta de conexión con la noción de "decadencia" de la civilización occidental, tal como la divulgaría Oswald Spengler (1880-1936).

La concepción liberal —conservadora y radical— de Le Bon ha influido, pues, tanto en el pensamiento conservador como en una parte del pensamiento crítico de la izquierda ideológico-política.

Pero el concepto de "masa" o "muchedumbre" ha podido ser considerado como "disolvente" de los conceptos de clases, de manera que la sociedad de clases quedaría desplazada por la sociedad de masas.⁴⁸ Un dato relevante han sido los frecuentes aspectos que se reflejan en las ideologías totalitarias (fascismo, nacional-socialismo, nacional-sindicalismo, por un lado, y por otro, el llamado "socialismo real" autoritario y burocrático que dominó en los países del Estado, cuyo paradigma es

⁴⁷ Véase la crítica al irracionalismo en Lukács, G., *El asalto a la razón*, trad. Wescenlao Roces, Barcelona-México D.F., 1972.

⁴⁸ Desde la izquierda, esta fue la posición mantenida en lo principal por MILLS, C.W.: *La élite del poder*, México, FCE, 1963, donde el énfasis no se pone en el análisis de clase, sino en la fractura existente entre la masa y una élite que la controla y manipula. Uno de los problemas de esta concepción es que no consigue eludir el hecho existencial de la pervivencia de clases en las sociedades avanzadas, ni tampoco la mayor complejidad de la estratificación social, como se verifica, por ejemplo en el fenómeno que se ha dado en llamar "subclase" o "infraclase" funcional (que revitaliza la noción de "anomia" construida por Durkheim). Véase GIDDENS, A.: *La estructura de clases en las sociedades avanzadas*, Madrid, Alianza Editorial, 1993; WRIGHT, E.O.: *Clases*, Madrid, Siglo XXI de España Editores, 1994. Por tanto, no hay tanto un problema de desaparición de las clases sociales, como de mayor complejización y su coexistencia con nuevos fenómenos de disgregación y de falta o pérdida de identidad social. En este sentido la teoría de la sociedad de masas podría servir de ocultamiento de los procesos de fragmentación social. Para la posición de Durkheim, consúltese DURKHEIM, E.: *Lecciones de sociología. Física de las costumbres y Derecho*, trad. Estela Canto, edición y est. prel., "Cuestión social y reforma moral: Las 'corporaciones profesionales' en Durkheim", a cargo de José Luis Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2006; DURKHEIM, E.: *Sociología y filosofía*, versión castellana de José María Bolaño (hijo) y revisión de J.L. Monereo Pérez, est. prel., "Razones para actuar: solidaridad orgánica, anomia y cohesión social en el pensamiento de Durkheim", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2006; DURKHEIM, E.: *Socialismo*, edición y estudio preliminar, "Sociología del "socialismo funcional" en el pensamiento de Durkheim" (pp. IX-LXXI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2022. Véase MONEREO PÉREZ, J. L.: "Inclusión social, división del trabajo y sistema democrático: Una reflexión sobre la teoría social de Durkheim". *Revista De Estudios Jurídico Laborales Y De Seguridad Social (REJLSS)*, (4), (2022) 20-73. <https://doi.org/10.24310/rejls.vi4.14214> ; MONEREO PÉREZ, J. L.: "La filosofía social y jurídica de Durkheim: solidaridad y cuestión social", en *Cívitas. Revista española de derecho del trabajo*, núm. 131 (2006), págs. 587-648.

el socialismo soviético.⁴⁹ Muchas de las corrientes darwinista social y las neodarwinistas sociales, de antes y ahora, se inspiran en esos postulados.⁵⁰ Las teorías de la “decadencia” y la “degeneración” convergían en no pocos aspectos con las concepciones defendidas por Le Bon. Señaladamente, las obras de Oswald Spengler y su libro *Decadencia de Occidente* (1918-1922),⁵¹ en la cual se afirma que la cultura “fáustica”, propia de la sociedad contemporánea de su tiempo, había entrado en una última fase de declive o decadencia irreversible, y precisamente un exponente de ello sería el fenómeno que denominó el “triumfo de las masas”.

Pero también es deudora ciertas concepciones posteriores de la “sociedad de masas” y el desarrollo manipulativo de los “medios de comunicación social”, lo que luego se completaría con los análisis de la “sociedad de consumo”.⁵² En esta perspectiva, se habla igualmente de la “comunicación de masas”.⁵³ La idea subyacente ambos conceptos de “sociedad de masas” y “sociedad de consumo” es referir una sociedad desagregada y atomizada como la que describiera y analizará David Riesman a través de su concepción de la sociedad contemporánea como una sociedad caracterizada por la existencia de una “muchedumbre solitaria”, atomizada y sin vínculos, sino tan sólo mediatizada a través del mercado controlado por las grandes empresas y el predominio de la cultura de masa. En su libro *La muchedumbre solitaria* (1950) analiza los nuevos fenómenos manipulativos de masas y vinculada la sociedad de masas con la nueva era del consumo.⁵⁴ La sociedad contemporánea de individuos tiende a conformarse paradójicamente como una sociedad donde el individuo ha perdido buena parte de su autonomía, produciéndose situaciones de inadaptación y anomía (en un sentido más amplio que otorgado por Durkheim a este concepto), acrecentándose la soledad en medio de una “muchedumbre solitaria” integrada por individuos formalmente iguales, pero sustancialmente “dirigidos por los otros”, esto es dependientes de la dirección ajena; o, en otro caso, “internamente dirigidos”. Riesman distingue tres tipos universales: los adaptados, los anómicos y los autónomos. Son, en el sentido de Max Weber, “tipos ideales”, es decir, construcciones necesarias para la tarea analítica.

49 Véase la crítica de BROUÉ, P.: *El partido Bolchevique*, Madrid, Ed. Ayuso, 1973; MARCUSE, H.: *El marxismo soviético*, Madrid, Alianza Editorial, 1975; WOODS, A.: *Bolchevismo. El camino a la revolución*, Madrid, Fundación Federico Engels, 2003; CASTORIADIS, C.: *La sociedad burocrática, 2 vols.*, Barcelona, Tusquets, 1976.

50 Véase Monereo Pérez, J.L., “Pobreza, trabajo y exclusión social en la larga duración: una reflexión crítica a partir de Henry George”, en *Documentación Laboral. Revistas de relaciones laborales, economía y sociología del trabajo*, núm. 83 (2008), págs. 11 a 109; y aunque desde una perspectiva algo simplificadora, véase LUKÁCS, G.: *El asalto a la razón*, trad. Weszenlao Roces, Barcelona-México D.F., 1972, cap. VII (“El darwinismo social el racismo y el fascismo”), págs. 538 y sigs. Para el enfoque clásico de Spencer, véase SPENCER, H.: *Los primeros principios*, edición y estudio preliminar, “La ideología del darwinismo social y a filosofía de Spencer” (pp. VII-XXXIV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2009; id.: *Instituciones industriales*, edición y estudio preliminar, “La idea de progreso en Herbert Spencer: Teoría e ideología”, Granada, Ed. Comares, 2009.

51 Spengler, O., *La decadencia de occidente, 2 tomos*, trad. Manuel García Morente, Madrid, Espasa-Calpe, 1998.

52 Sobre la sociedad de consumo de masas véase VEBLEN, TH.: *Teoría de la clase ociosa*, trad. de Vicente Herrero, Barcelona, Eds. Orbis, 1987; VEBLEN, TH.: *La empresa de negocios*, edición y estudio preliminar, “La teoría de la empresa de negocios de Thorstein Veblen” (pp. VII-XXXII), Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2009. En fecha más reciente, ALONSO, L.E.: *La era del consumo*, Madrid, Siglo XXI de España Editores, 2006, y la amplia bibliografía allí citada; Klein, N., *No Logo. El poder de las marcas*, Barcelona, Eds. Paidós, 2001.

53 Véase Castells, M., *Comunicación y poder*, Madrid, Alianza Editorial, 2009, págs. 92 y sigs.

54 Riesman, D., *La muchedumbre solitaria*, Buenos Aires, Ed. Paidós, 1964.

El enfoque sociológico de Gustave Le Bon era esencialmente organicista, que era el que imperaba en su época dentro de la sociología francesa, como es el caso destacado de Alfred Fouillée (1838-1912) y Gabriel Tarde (1843-1904).⁵⁵ Éste último, desde presupuestos evolucionistas, realza la tendencia hacia la imitación en el comportamiento social (*Les lois de l'imitation*, París, 1890) y su repercusión en los emergentes medios de comunicación de masas y técnica de propaganda en la sociedad contemporánea (*L'opinion et la foule*, París, 1895).

Fuera de Francia se habían extendido las corrientes de pensamiento sociológico también desde presupuestos evolucionistas (Herbert Spencer y Leonard Hobhouse (1854-1929)⁵⁶ en Inglaterra; William Graham Sumner (1840-1910). Wilhelm Wundt en Alemania (1832-1920), el cual acabó reduciendo lo sociológico a la psicología, interesándose especialmente por la psicología de los pueblos desde una perspectiva evolucionista. Lester Frank Ward (1841-1913), Franklin Henry Giddings (1855-1931), en Estados Unidos, ambos proclives al reformismo social y preocupados —sobre todo Giddings— por los fenómenos de conciencia colectiva y por la psicología social, sin abandonar las perspectiva sociológica. Significativamente uno de sus libros más relevantes e influyentes llevaba por título *Principios de sociología. Análisis de los fenómenos de asociación y de organización social*.⁵⁷ En Italia el fenómeno de masas y la psicología de las multitudes habían merecido especial atención en autores como Scipio Sighele (1868-1914), y después encontraría una teorización elitista de la sociología política con Vilfredo Pareto (1848-1923) y Gaetano Mosca (1858-1941). Y en Alemania, continuada después por Max Weber (sobre todo su concepción del “carisma” que en ciertos aspectos puede ser equiparable al “prestigio” del líder en la terminología de Le Bon)⁵⁸ y su discípulo Robert Michels (1876-1936), con una visión elitista de la democracia y la tendencia a la burocratización de las organizaciones y en particular de los partidos políticos. Ahí se une la llamada “escuela italiana de las élites”, integradas

55 Les escuela de Durkheim (1858-1917) floreció en paralelo, en su estela, pocos años después, con las elaboraciones del Maestro, y a partir de él de Marcel Mauss, Paul Fauconnet, Georges Davy; y más tarde, con Maurice Halbwachs, Célestin Bourglé y Lucien Lévi-Bruhl, entre otros.

56 Monereo Pérez, J.L., “Los fundamentos del “Liberalismo Social” y sus límites: Leonard Trelawney Hobhouse”, en *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, núm. 136 (2007), págs. 711-761.

57 *Principios de sociología. Análisis de los fenómenos de asociación y de organización social*, traducción de la tercera edición inglesa por Adolfo Posada, con notas del traductor, Madrid, La España Moderna, s/f. La obra de Giddings es una de las obras pioneras de la sociología, que el trata de desmarcar y delimitar respecto de la Psicología (espec., págs. 44 y sigs.).

58 Véase, al respecto, Monereo Pérez, J.L.: *Modernidad y Capitalismo. Max Weber y los dilemas de la Teoría Política y Jurídica*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, 439 páginas; *Ibid.*, La Sociología del Derecho de Max Weber: Juridificación, legitimación y racionalización del poder público y privado. *Revista De Estudios Jurídico Laborales Y De Seguridad Social (REJLSS)*, (7), (2023). 225-301. <https://doi.org/10.24310/rejls7202317160>; WEBER, M.: *Sociología del Derecho*, traducción, edición y estudio preliminar, “La racionalidad del Derecho en el pensamiento de Max Weber: teoría e ideología” (pp. IX-CLII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2001, espec., Parte II. Sociología del Estado; NIETO, A.: *El pensamiento burocrático*, edición y estudio preliminar, “La burocracia en el proceso de racionalización de la civilización occidental: variaciones sobre un “tema” de Weber” (pp. XIX-CXII). Sobre la concepción del carisma en Max Weber, puede consultarse BREUER, S.: *Burocracia y carisma*, Valencia, Alfons El Magnànim, 1996, y en una perspectiva más amplia, LINDHOLN, CH.: *Carisma. Análisis del fenómeno carismático y su relación con la conducta humana y los cambios sociales*, Ed. Gedisa, 1997, págs. 41 y sigs., y también con referencia a Le Bon (págs. 58 y sigs.).

por los clásicos Vilfredo Pareto, Gaetano Mosca y Robert Michels.⁵⁹ Gaetano Mosca desconfiaba de la democracia de masas, que, según él, absolutiza el “gobierno de la mayoría”: le pareció que era un retroceso el predominio de las minorías organizadas sobre las mayorías.⁶⁰ Frente a esa derivación o desviación Mosca considera que debe reforzarse el poder (a través de una élite selecta) como instrumento de conservación del orden social existente, especialmente en un momento de crisis de legitimidad europea de los años treinta. Mosca fue a la vez un conservador inteligente y tenaz, un liberal y un ferviente partidario del realismo político. Profesaba un abierto pesimismo antropológico que le convirtió en crítico de la Ilustración; una concepción estática de la historia que le hizo reaccionar los cambios cualitativos y rápidos; hostil a los reformadores; un cierto apego a las tradiciones; y, en fin, una crítica al pensamiento utópico y a toda simplificación artificiosa de la complejidad de la historia.⁶¹

Entre nosotros, Francisco Giner de los Ríos y Adolfo Posada encuadraban, significativamente, a Le Bon entre los impulsores de la “psicología social” desde un enfoque sociológico de partida.⁶²

Las reflexiones de Le Bon no se comprenden sino se enmarcan dentro de la crisis de época tal como es percibida e “interiorizada” por los intelectuales entre los dos siglos, finales del siglo XIX y principios del siglo XXI. En esta situación Le Bon asume una posición pesimista de la historia, al considerar que la sociedad moderna se vencería hacia una inevitable era de decadencia frente a la cual serían poco eficaces las propuestas de refundación y reforma de la misma en un sentido “social” o “socializador”; y menos aún de revolución o ruptura radical con el orden establecido. Ese pesimismo se verifica de modo destacado en la concepción de Le Bon del carácter intrínsecamente violento de las masas, que le hace establecer una conexión mecánica, ahistórica y descontextualizada entre masa y violencia, desconociendo el trasfondo subyacente (y realmente desencadenante) de los conflictos sociales, la situación de desigualdad, pobreza y opresión social. Las razas o culturas, equiparadas en el lenguaje impreciso de Le Bon, europeas evolucionarían hacia una situación de decadencia en la etapa de la modernización industrial (lo que él llama “era de las masas”), dominada por masas o multitudes incivilizadas y proclives a la violencia y la persuasión irresistible de líderes sin escrúpulos y autoritarios. No obstante, Le Bon pudo entrever la importancia, sin explicitarlo, del elemento mítico de los movimientos de masas en la era moderna, más allá de las derivaciones que luego tendría en pensadores como George Sorel y, en otra perspectiva, en los movimientos totalitarios, como,

59 Sobre esta escuela de pensamiento y su influencia en la cultura política contemporánea, véase ALBERTONI, E.A.: *Gaetano Mosca y la formación del elitismo político contemporáneo*, México D.F., FCE, 1992, págs. 223 y sigs., passim. Para el pensamiento político de Le Bon, puede consultarse ROUVIER, C.: *Les idées politiques de Gustave Le Bon*, Paris, P.U.F., 1986.

60 Mosca, G., *La clase política (1896 y 1939)*, Selección e Introducción de Norberto Bobbio, México D.F., FCE, 1995, págs. 106 y sigs.

61 Véase MOSCA, G.: *La clase política (1896 y 1939)*, Selección e Introducción de Norberto Bobbio, México D.F., FCE, 1995. Un análisis del pensamiento político de Mosca, puede hallarse en ALBERTONI, E.A.: *Gaetano Mosca y la formación del elitismo político contemporáneo*, México D.F., Ed. FCE, 1992, Primera Parte, págs. 63 y sigs., y de la Segunda Parte, especialmente págs. 263 y sigs.

62 Posada, A.: *Principios de sociología*, 2ª edición revisada y aumentada (la 1ª ed., fue publicada por Daniel Jorro, 1908), 2 Tomos, Madrid, Daniel Jorro, Editor, 1929, 223-224 (del T. I).

señaladamente, en el nacionalsocialismo nazi y el fascismo italiano,⁶³ como movimiento de masas.⁶⁴ No obstante, otros autores como Walter Benjamin realizarían (a finales de 1920) una crítica especialmente incisiva del mito de la violencia estableciendo una relación entre las masas desposeídas, el mito y la racionalidad instrumental; y en todo ello en el marco de una crítica de la concepción mítica de la historia.⁶⁵ Entre otras cosas subraya Benjamin que la violencia no es tan sólo inherente a las

63 Sorel, G., *Reflexiones sobre la violencia, edición y estudio preliminar, "Teoría e ideología del sindicalismo en Georges Sorel"* (pp. XI-LXIV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2011; SOREL, G.: *Las ilusiones del progreso* [Estudios sobre el Porvenir Social], edición y estudio preliminar, "El pensamiento socio-político de Georges Sorel" (XI-LXII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2011; MONEREO PÉREZ, J.L.: "El sindicalismo y sus instrumentos de acción colectiva en la concepción de Georges Sorel. Un estudio crítico". *Lex Social, Revista De Derechos Sociales* 12(2), (2022) 1-65. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.7369>; Heller, H., *Europa y el fascismo* (1931), edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004. También, MOSSE, G.L.: *La nacionalización de las masas*, Marcial Pons, 2005, y MONEREO PÉREZ, J.L.: *La defensa del Estado Social de Derecho. EL pensamiento político de Hermann Heller*, Barcelona, Ed. El Viejo Topo, 2009, espec., Cap. 3 ("Fascismo y crisis política de Europa"), págs. 113 y sigs.

64 Véase ROSENBERG, A.: "El fascismo como movimiento de masas. Auge y decadencia", en BAUER, O., MARCUSE, H. y ROSENBERG, A.: *Fascismo y capitalismo*, Barcelona, Eds. Martínez Roca, 1972, págs. 80 y sigs., y ante todo MOSSE, G.L.: *La nacionalización de las masas*, Madrid, Marcial Pons, 2005, el cual subraya la cualidad del fascismo como movimiento de masas y deja constancia de que Hitler estaba muy influido por Le Bon, y seguía la máxima de la Psicología de las muchedumbres: el líder debe constituir una parte esencial de la fe compartida y no puede experimentar con ella ni someterla a innovaciones. En el caso de Hitler, la experimentación y la innovación únicamente consistieron en reforzar el significado de lo que ya estaba ampliamente aceptado, introduciendo un maniqueísmo que transformaba sus palabras en acciones (pág. 257). Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: "Fascismo y crisis política de Europa: crítica del fascismo en Hermann Heller (II)", *ReDCE*, n° 6, Julio-Diciembre de 2006, pp. 357-421; y *ReDCE*, n° 7, Enero-Junio de 2007, pp. 379-420; MONEREO PÉREZ, J.L.: "Otto Bauer y la democracia social y económica de la República austriaca" (Primera y Segunda Parte), en *Revista Derecho del Trabajo*, vols. 9-10, n° 33-34 (enero- marzo), págs. 255-299 y 167-208, respectivamente. BAUER, O.: *Capitalismo y socialismo en la postguerra. Racionalización-falsa racionalización*, traducción del alemán por Antonio Ramos Oliveira, revisión, edición y estudio preliminar, «La democracia en crisis entre las dos guerras mundiales y los desafíos del socialismo democrático: Otto Bauer y la experiencia de la República Austriaca», a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2021.

65 Benjamin, W., "Para la crítica de la violencia", en *Angelus Novus, revisión, edición y Estudio preliminar "La filosofía política de Walter Benjamin: Historia, modernidad y progreso"* (pp. IX-CIII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2012, págs. 101 y sigs. Para Benjamin "la tarea de una crítica de la violencia puede definirse como la exposición de su relación con el derecho y con la justicia". En esas coordenadas críticas, la violencia "sólo puede ser buscada en el reino de los medios y no en el de los fines". Para él la cuestión central reside en "el problema de la legitimidad de ciertos medios, que constituyen la violencia". Partiendo instrumentalmente de la teoría positivista del Derecho, se puede establecer "una distinción entre la violencia históricamente reconocida, es decir la violencia sancionada como poder, y la violencia no sancionada". Retiene que "el derecho considera la violencia en manos de la persona aislada como un riesgo o una amenaza de perturbación para el ordenamiento jurídico". Se teme a una violencia fuera del Derecho. Apunta al dato jurídico-político según el cual "la función de la violencia por la cual esta es tan temida y se aparece, con razón, para el derecho como tan peligrosa, se presentará justamente allí donde todavía le es permitido manifestarse según el ordenamiento jurídico actual". Precisamente, observa, que "ello se comprueba sobre todo en la lucha de clases, bajo la forma de derecho a la huelga oficialmente garantizado a los obreros. La clase obrera organizada es hoy, junto con los estados, el único sujeto jurídico que tiene derecho a la violencia". Entiende, al respecto, que desde la posición de la clase trabajadora —que estima opuesta a la del Estado—, "el derecho de huelga es el derecho a usar la violencia para imponer determinados propósitos. El contraste entre las dos concepciones (la del orden estatal establecido y la de la clase trabajadores) aparece en todo su rigor en relación con la huelga general revolucionaria. En ella la clase obrera apelará siempre a su derecho de huelga, pero el Estado dirá que esa apelación es un abuso, porque —dirá— el derecho de huelga no había sido entendido en ese sentido, y tomara sus medidas extraordinarias". En este caso, aunque pudiera aparecer aparentemente como paradójico, la huelga se puede entender como violencia: "en la medida en que ejerce un derecho que posee para subvertir el ordenamiento jurídico en virtud del cual tal derecho le

relaciones sociales de dominación sino que también es predicable del sistema político y del sistema jurídico-institucional que se construye estrechamente vinculado con la conservación del poder, al que resulta funcional un condicionamiento moral (En un plano diverso, Le Bon hace referencia a la “moralización del individuo por la muchedumbre”). En el otro lado, el de los movimientos de masas, Benjamin —con la influencia de Sorel— teorizaría sobre la condición mítica de la huelga general y su lógica de acción colectiva revolucionaria. Pero insiste, igualmente, en el ejercicio de la llamada violencia legítima institucionalizada en el poder estatal frente al fenómeno colectivo y su racionalidad instrumental al servicio del orden establecido.

En el caso de Sorel, vincular al socialismo con el mito, llevarlo al terreno de los mitos, es para él hacerlo irrefutable: “Colocándose en el terreno de los mitos, se está a cubierto de refutaciones, lo cual inspiró a muchos el aserto de que el socialismo era una a modo de religión”, y la religión se halla por encima de la ciencia.⁶⁶ Lo afirma expresamente en un extenso ensayo que lleva un expresivo título El carácter religioso del socialismo.⁶⁷ No es el único, pues en fecha más reciente se ha podido afirmar que “es difícil sustraerse a la impresión de que el marxismo constituye, en el siglo XX, el equivalente de lo que fueron las grandes religiones de salvación: una civilización cultural, es decir, algo destinado a durar siglos, si no milenios”.⁶⁸ Su apoyo en este sentido en las teorías de la Gustave Le Bon (Psicología de las masas) es harto significativo para subrayar el carácter mítico y la visión del socialismo como fundante de “mitos revolucionarios”. Pero también realza las causas económicas, afectivas y místicas de la guerra.⁶⁹ Toma de Le Bon la idea de que el socialismo constituye pues una de esas religiones *éphémères* (efímeras), que sirven para preparar o renovar de otras más adaptados a la natu-

ha sido conferido”. Ciertamente, “la posibilidad de un derecho de guerra descansa exactamente sobre las mismas contradicciones objetivas en la situación jurídica sobre las que se funda la de un derecho de huelga, es decir sobre el hecho de que sujetos jurídicos sancionan poderes cuyos fines —para quienes los sancionan— siguen siendo naturales y, en caso grave, pueden por lo tanto entrar en conflicto con sus propios fines jurídicos o naturales”. Benjamin observa —en un sentido que podría ser concordante y asumido por Sorel— que “el Estado teme a esa violencia en su carácter de creadora de derecho allí donde fuerzas externas lo obligan a conceder el derecho de guerrear o de hacer huelga”. Pero llega más lejos cuando afirma que “toda violencia es, como medio, poder que funda o conserva el derecho. Si no aspira a ninguno de estos dos atributos, renuncia por sí misma a toda validez. Pero de ello se desprende que toda violencia como medio, incluso en el caso más favorable, se halla sometida a la problematización del derecho en general”. Al respecto entiende que “si decae la conciencia de la presencia latente de la violencia en una institución, ésta se debilita”. De ahí se sigue su crítica al régimen parlamentario de Weimar: “los parlamentos presentan un notorio y triste espectáculo porque no han conservado la conciencia de las fuerzas revolucionarias a las que deben su existencia... Les falta a éstos el sentido de la violencia creadora de derecho que se halla representada en ellos”. Por tanto, no hay que asombrarse “de que no lleguen a decisiones dignas de este poder y de que se consagren mediante el compromiso a una conducción de los problemas políticos que desearían ser no violenta... Porque lo que el parlamentarismo obtiene en cuestiones vitales no puede ser más que aquellos ordenamientos jurídicos afectados por la violencia en su origen y en su desenlace.

66 Sorel, G., *Reflexiones sobre la violencia, edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez*, Granada. Ed. Comares, 2011.

67 Sorel, G., “Le caractère religieux du socialismo”, en *Matériaux*, págs. 309-364. *Sobre las concepciones ideológicas de la “religión de la política”*, puede consultarse, en general, GENTILE, E.: *Le religionidella politica. Frademocrazie e totalitarismi*, EditoriLaterza, Roma-Bari, 2007, espec., págs. 205 y sigs.

68 Alberoni, F., *Movimiento e Institución. Teoría general*, Madrid, Editora Nacional, 1984, págs. 553-554.

69 Le bon, G., *Enseñanzas psicológicas de la guerra europea*, trad. Rafael Urbano, Madrid, Librería Gutenberg de José Ruiz, 1916.

raleza de los hombres y a las necesidades de todas de todas clases donde las sociedades son condenadas "a incrementar" las leyes.⁷⁰ Sorel percibió con atención la reflexión de Le Bon sobre el carácter conservador de la "multitud", y por tanto la psicología de las masas obreras es susceptible de poder adaptarse con facilidad al orden capitalista si recibe concesiones mínimamente significativas e interiorizar los valores decadentes del espíritu burgués. Gustave Le Bon había llevado a cabo un análisis penetrante y en ciertos aspectos lúcido del socialismo, aunque sesgado ideológicamente. Un análisis que había influido ostensiblemente en Sorel, como el mismo Le Bon señala en el "Prefacio a la tercera edición" de su libro *Psicología del socialismo*: se recogía la opinión de Sorel en el sentido de que "el libro de Gustavo Le Bon, a pesar de muchos defectos, constituye el trabajo más completo publicado en Francia sobre el socialismo; merece ser estudiado con el mayor cuidado, porque las ideas del autor son siempre originales y eminentemente sugestivas".⁷¹ El objetivo fundamental de este libro queda explicitado desde su "Prefacio": "El socialismo, que puede clasificarse, como trataremos de demostrar, en la familia de las creencias religiosas, posee el carácter de indeterminación de los dogmas que todavía no reinan. Sus doctrinas se transforman de día en día y se hacen cada vez más inciertas y flotantes. Para poner de acuerdo los principios formulados por sus fundadores con los hechos nuevos que los contradicen demasíadamente claro, ha sido necesario entregarse a un trabajo análogo al de los teólogos al tratar de poner de acuerdo la Biblia con la razón. Los principios en que Marx, que fue, sin embargo, durante mucho tiempo un gran sacerdote de la nueva religión, basada en el socialismo, han terminado por ser de tal modo desmentidos por los hechos, que sus más fieles discípulos han tenido que abandonarlos". Además, Le Bon ponía de manifiesto que lejos de la incomprensión de las teorizaciones y discusiones sobre el socialismo, "las muchedumbres no las comprenden. Lo que conservan del socialismo, es sólo la idea fundamental de que el obrero es víctima de algunos explotadores, por consiguiente, de una mala organización social, y que bastarían algunos buenos decretos, impuestos revolucionariamente, para variar esta organización. Los teóricos pueden realizar una evolución. Las masas aceptan las doctrinas en bloque y no evolucionan jamás. Las creencias admitidas revisten una forma sencillísima. Implantadas fuertemente en cerebros primitivos, permanecen inquebrantables por mucho tiempo".⁷²

Le Bon no cree que haya un futuro para el socialismo por su inadaptación a las transformaciones de las sociedades modernas: "Fuera de los ensueños de los socialistas, y con la mayor frecuencia en patente desacuerdo con ellos, el mundo moderno realiza una evolución rápida y profunda. Es consecuencia del cambio operado en las condiciones de existencia, las necesidades, las ideas, por los descubrimientos científicos e industriales realizados en los últimos cincuenta años. A estas

70 Le caractèrereligieux du socialismo", en *Matériaux*, pág. 313.

71 Le bon, G.: *Prefacio a la tercera edición, de su libro Psicología del socialismo*, trad. Ricardo Rubio, Madrid, Daniel Jorro Editor, 1921, pág. V, nota 1.

72 Le bon, G.: *Prefacio a la tercera edición, de su libro Psicología del socialismo*, trad. Ricardo Rubio, Madrid, Daniel Jorro Editor, 1921, págs. VII-VIII. En el "Prefacio a la primera edición", había mantenido ya que "el socialismo sintetiza un conjunto de aspiraciones, de creencias e ideas de reformas, que apasiona profundamente los espíritus. Los gobiernos le temen, los legisladores le atienden, los pueblos ven en el la aurora de nuevos destinos" (pág. XI). No es baladí atender a la distinción de José Ortega y Gasset entre ideas y creencias. Cfr. ORTEGA Y GASSET, J.: *Ideas y creencias*, 7ª ed., Madrid, Espasa-Calpe, 1968.

transformaciones se adaptarán las sociedades y no a fantasías de teorizaciones, que no viendo el engranaje de las necesidades, creen poder rehacer a su agrado la organización social. Los problemas planteados por las transformaciones actuales del mundo, son de distinta gravedad que los que preocupan a los socialistas” (Ibid., pp. VIII-IX). Su reflexión se hace bajo una perspectiva lúcida y consciente del cambio epocal: “La Edad moderna representa uno de estos períodos de transición, en que las viejas creencias han perdido su imperio y las que deben reemplazarlas no se han constituido”, y es precisamente en ese contexto donde ha podido tener más acogida el socialismo:

“Para que el socialismo moderno haya revestido tan pronto esa forma religiosa que es el secreto de su fuerza, era necesario que apareciera en uno de estos raros momentos de la historia, en que estando los hombres cansados de sus dioses, pierden su supremacía las antiguas religiones y sólo subsisten en espera de la nueva creencia que ha de sucederlas. Habiendo aparecido en el instante mismo en que el poder de las antiguas divinidades ha declinado considerablemente, el socialismo que ofrece también al hombre ensueños de felicidad, tiende naturalmente a ocupar un puesto. Nada indica que no lo conseguirá. Todo muestra que no sabrá conservarlo mucho tiempo”.⁷³ Le Bon dedica todo el “Libro Segundo” a estudiar detenidamente “El socialismo como creencia” (Ibid., pp. 59 ss.); pero —a su entender— una creencia peligrosa para el orden establecido que hay que combatir (Psicología del socialismo, pp. 456 ss.). Ya Le Bon apunta a una idea que realzará Sorel: “para obrar sobre las masas, hay que saber llegar a sus sentimientos, sobre todo, a los inconscientes, y no apelar jamás a la razón, que no saben ejercitar”. Sólo así se podrá dirigir a esas multitudes. Y es que para Le Bon, es preciso recordar que la historia enseña que los movimientos populares no son, en realidad, más que los de algunos agitadores; recordemos la sencillez de las multitudes o muchedumbres, sus instintos conservadores imposibles de desarraigar, y, finalmente, el mecanismo de los elementos de persuasión: la afirmación, la repetición, el contagio y el prestigio. Lo que arrastra a las masas es “un ideal que perseguir, una creencia que defender. Pero las multitudes no se apasionarán por el ideal o la creencia sino después de haberse apasionado por sus apóstoles (líderes). Son los únicos que, por su prestigio, hacen nacer en el espíritu popular los sentimientos de admiración y simpatía, que son la base más sólida de la fe.”⁷⁴

El proletariado era muchedumbre o multitud cada vez más integrada en el orden establecido, como había apuntado Le Bon, de manera que, según los solerianos, ese proletariado, tan distinto al de la Comuna, ya no volvería a ser un actor de la revolución antiburguesa. Lo que llevo a los solerianos apostar resueltamente por una revolución nacionalista integral. A partir de ahí, el proceso escaparía a los propios designios de Sorel —apareciendo como un inspirador de procesos altamente contradictorios—, produciéndose una síntesis del sindicalismo revolucionario, el nacionalismo y la

⁷³ “Prefacio a la primera edición”, págs. XIV-XVI. Pronóstico que desarrolla en el “Libro Octavo” sobre “El porvenir del socialismo”, págs. 427 y sigs.

⁷⁴ *Psicología del socialismo*, cit., págs. 457-458. Le Bon termina su obra haciendo un llamamiento a la lucha contra el socialismo en todos los ámbitos: “Tratemos de no imitar a estos degenerados sucesores de razas demasiado viejas, y temamos su suerte. No perdamos el tiempo en recriminaciones y discusiones vanas. Sepamos defendernos contra los enemigos que en el interior nos amenazan, esperando que tendremos que luchar contra los que desde fuera nos acechan”; Ibid., págs. 460-461.)

defensa de la teoría de la violencia revolucionaria; y con ello, el repudio de la democracia, del marxismo, del liberalismo, y de los valores burgueses.⁷⁵ Es innegable que desde sus inicios, el fascismo fue consciente de la relevancia del mito en la política de masas. Los fascistas aprendieron de Sorel y Le Bon que el mito era un potente factor para incrementar la movilización y la cohesión de las masas. En este sentido la concepción mítica de la política asignó a ésta la función de realizar mitos políticos, inventando nuevas formas de organización de la vida colectiva. Ese pensamiento mítico impulsaría el desarrollo de la organización totalitaria que inculcaría los mitos en las masas y las transformaría bajo la sugestión del mito. Esto era bastante coherente con la inspiración en pensadores como Sorel, Le Bon y Michels, los cuales habían concebido mito y organización como los instrumentos fundamentales de la política de masas surgida mucho antes del advenimiento del fascismo propiamente dicho, y considerados necesarios para suscitar la energía de las masas y para transformarla en una ordenada y eficaz arma política al servicio de la acción directa. Aún antes de la Gran Guerra mundial, el movimiento nacionalista y el sindicalismo revolucionario habían adoptado y puesto en práctica esta concepción, exaltando la función del mito y de la organización para una política de masas como voluntad de ejecución y de poder.⁷⁶

En un plano distinto, propio de la “revolución conservadora” en el período de entreguerras de la República de Weimar, otros autores, como Ernst Jünger escribiría alrededor de 1930 una reflexión sobre el mito de la movilización total de las masas y su deriva hacia la guerra.⁷⁷ Mostrando, nuevamente, que el fenómeno de masas era captado problemáticamente tanto desde el pensamiento “conservador” o “reaccionario” como desde el pensamiento crítico de “izquierda” ideológica.

En el caso de Le Bon, se trata de un teórico de la “sociedad de masa”, que percibió en la emergencia de las masas en la historia como un factor negativo y disolvente del orden social, su estabilización y progreso. Le Bon consideró que la emergencia de las masas habría un período de incertidumbres que el desarrollo histórico podría confirmar como de carácter coyuntural o de tipo estructural.

En todo caso, Le Bon supo percibir la importancia creciente de las masas o muchedumbres como “motor” del desarrollo histórico y las consecuencias desfavorables que estaba produciendo la modernización capitalista dominante, en términos de degradación humana, de miseria y manipulación sin escrúpulos por las élites en el poder, etcétera. La rebelión de las masas, con su fuerza subversiva será el factor determinante de lo que Oswald Spengler (1880-1936) llamaría expresivamente la “decadencia de occidente”, llegando a afirmar que la masa (la “era de las masas”) constituía el fin de la civilización.

La visión negativa de la emergencia de las masas alcanzaría, con matices diferentes, a ciertas concepciones elitistas de la democracia en la época de entreguerras (la denominada “democracia de masas”, con el reconocimiento del sufragio universal, las organizaciones sindicales y los partidos

75 Sternhell, Z., *El nacimiento de la ideología fascista*, Madrid, Siglo XXI de España Editores, 1994, págs. 35 y sigs.

76 Gentile, E.: *Fascismo. Historia e interpretación*, Madrid, Alianza Editorial, 2004, págs. 164-167.

77 Jünger, E.: *La movilización total* (1930), en *Sobre el dolor*; seguido de “La movilización total”; y “Fuego y movimiento”, trad. de Andrés Sánchez Pascual, Barcelona, Tusquets, 2ª ed., 2003 ; id.: *El Trabajador. Dominio y figura* (1932), trad. de A. Sánchez Pascual, Barcelona, Tusquets Editores, 1993.

de masas), como en los pensadores lúcidos (pero conservadores o reaccionarios) como Vilfredo Pareto (1848-1923)⁷⁸ y Gaetano Mosca (aunque también desde posiciones ideológicas distintas en autores como Joseph Schumpeter), y entre nosotros por José Ortega y Gasset (1883-1955). Ortega mantendría en su influyente obra *La rebelión de las masas* una concepción pesimista y negativa de la emergencia de las masas y de su creciente influencia política, dentro y fuera de los regímenes de democracia parlamentaria. Subraya el hecho relevante del advenimiento de las masas al pleno poderío social. La nueva fractura social no reside en una nueva estratificación social, sino en una división de la sociedad en masas y minorías excelentes y que no puede resolverse en una división en clases sociales. En la masa el individuo se deshumaniza y se desresponsabiliza; el “hombre-masa”, no obstante su poderío en la masa, se empobrece espiritualmente; y el único modo de racionalizar mínimamente y someter a un orden a esa sociedad de masas es su dirección por una minoría selecta dentro de un régimen democrático de carácter elitista (elitismo político).⁷⁹

Ortega destacaría la creciente deshumanización de los individuos en la sociedad industrial, pues éstos quedaban relegados a hombres masa, no sólo fácilmente manipulables “en” la masa, sino advirtiendo también del riesgo de que su degradación acabara contaminando a la élite de la sociedad (dentro de su concepción elitista de la democracia), pues el régimen democrático de masas comporta que las élites tienen que ceder a los deseos insaciables de las masas. En su concepción elitista, la “masa”, en la forma de “hombre masa”, reflejaba una peligrosa tendencia hacia la homogenización indiferenciada de los individuos en la sociedad moderna; una aglomeración humana propiciada por la evolución demográfica y por el proceso de industrialización y urbanización de la sociedad industrial. El hombre masa (refractario a la idea de comunidad, desintegrada con el triunfo del capitalismo⁸⁰ es en su opinión un individuo pasivo y sin creatividad; y su misma pasividad e ignorancia facilita su manipulación por líderes sin escrúpulos. Ortega pensaba que el fenómeno de la masificación constituía una era nueva, constituida y permanente de la modernización industrial. La psicología que preside en el hombre masa le convierte en fácilmente manipulable por las ideologías totalitarias como la ideología del fascismo, pues su carácter acomodaticio, su conformismo y el dominio de los impulsos más primitivos favorecen su manipulación por los líderes.⁸¹ En el caso de Le Bon, la personalidad individual quedaría oprimida o subordinada a lo colectivo, siendo la masa patológica por naturaleza. La masa es un fenómeno social que presenta un carácter amorfo, sin apego a una finalidad definida, siendo un exponente de la decadencia y degeneración en la evolución de la humanidad. Por ello deberían ser organizadas, dirigidas y controladas por una élite selecta.

78 Pareto, V.: *La transformación de la democracia*, Madrid, Edersa, 1985.

79 Véase ORTEGA Y GASSET, J.: *La rebelión de las masas*, en *Obras Completas*, Vol. IV, Madrid, Alianza/Revista de Occidente, 1983.

80 Véase la aportación extraordinaria de TÖNNIES, F.: *Comunidad y Asociación*, Trad. José-Francisco Invars, revisión de J.L. Monereo Pérez, edición y estudio preliminar, “La interpretación de la Modernidad en Tönnies: “Comunidad” y “Sociedad-Asociación” en el desarrollo histórico” (pp. XI-XLIV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2009; TÖNNIES, F.: *Principios de sociología*, edición y estudio preliminar “La sociología como crítica social: La aportación de Ferdinand Tönnies”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2009.

81 Ortega y Gasset, J.: *Obras Completas*, vol. II, Madrid, Alianza/Revista de Occidente, 1983, págs. 1160 y sigs.

En la masa, influido por Gabriel Tarde, ve Le Bon un agrupamiento de individuos que actúan por imitación, distinguiendo entre masa y público (éste concepto cercano al opinión pública). El soporte de estas concepciones era la ideología irracionalista y en cierta medida la filosofía vitalista europea (aunque es obvio que muchos de los autores de estas corrientes filosóficas no se podrían adscribir a postulados fascistas, como el caso de Bergson, Ortega, Freud.⁸² Pero algunos llegaron a estar muy cerca como Sorel y Pareto).⁸³

La identificación del progreso con la evolución (en la que incurre un autor tan lúcido como Spencer) era afirmada insistentemente por el liberalismo originario, pero no resiste la confrontación con la realidad trágica del siglo veinte y también del tiempo presente. Paradigmáticamente, Spencer piensa que el progreso es evolución natural, por lo que no debe interferirse externamente en su dinámica espontánea. Sin embargo, no se retuvo que la evolución era una noción éticamente neutra, y que la transformación de la ciencia en filosofía social, de la evolución de la ética en la ética de la evolución estaba expuesta a innumerables peligros. No se tardó demasiado en percibir la desilusión ante una idea mítica de progreso. La denuncia de esa trágica ilusión encontró a un expositor lúcido —aunque interesado—, como Oswald Spengler, quien publicaría una obra extraordinariamente influyente en toda la primera mitad del siglo veinte, *La decadencia de Occidente* (1918-1922).⁸⁴ A la época del sueño del progreso le sucede una época de desilusión de los intelectuales.⁸⁵ El progreso era una idea nuclear de una época que se considera segura de sí misma y autosatisfecha con el modelo de sociedad que se había instaurado: el liberalismo económico era todo un símbolo de autocomplacencia, que se quebró estrepitosamente cuando se constató en los hechos que la ideología liberal individualista había fracasado sistemáticamente por ser incapaz de suministrar los lazos sociales necesarios para la cohesión social y el gobierno pacífico y eficiente de la sociedad industrial cuya triunfo defendía encarecidamente.⁸⁶ Spengler encarna el pesimismo histórico alemán, que realizaba un análisis hipercrítico de la sociedad de la época y anunciaba una nueva alborada, pues a la decadencia le sucedería una Europa nueva centrada en Alemania como potencia directiva del orden europeo. La combinación de Kultur, disciplina militar y voluntad de poder nietzscheana crearían “naturalezas líderes” para forjar un nuevo destino. La raza alemana asumiría esa misión

82 Freund, S.: *Psicología de las masas y el malestar de la cultura*, en *Obras Completas*, Tomo III, Biblioteca Nueva, 1968.

83 Para el planteamiento contemporáneo del vitalismo, pueden consultarse las reflexiones de MAFFESOLI, M.: *El tiempo de las tribus. El declive del individualismo en las sociedades de masas*, Prólogo de Jesús Ibañez, Barcelona, Icaria Editorial, 1990, págs. 69 y sigs.

84 Spengler, O.: *La decadencia de occidente*, 2 tomos, trad. de Manuel García Morente, Madrid, Espasa-Calpe, 1998.

85 Burrow, J.W.: *La crisis de la razón. El pensamiento europeo 1848-1914*, Barcelona, Editorial Crítica, 2001, págs. 17 y sigs.

86 El mismo proceso de industrialización ha sido calificado de dramático y catastrófico, pues la industrialización iba acompañada de la proletarianización forzada (impuesta no sólo por las fuerzas económicas, sino también por el desmantelamiento por la leyes estatales de los mecanismos de cohesión social que minimamente existían en el Antiguo Régimen) y de la miseria popular. Puede consultarse en la necesaria perspectiva histórica, HOBBSBAWM, E.: *La era del capital, 1848-1875*, Barcelona, Crítica, 1998; ID.: *La era del imperio, 1875-1914*, Barcelona, Crítica, 1998, e *Industria e imperio. Una historia económica de Gran Bretaña desde 1750*, Barcelona, Ed. Ariel, 1987. En una perspectiva de crítica de la ideología económica de la época es de obligada consulta la obra de POLANYI, K.: *La gran transformación. Crítica del liberalismo económico*, Barcelona, La Piqueta, 1998.

histórica después de largos y necesarios sacrificios regeneradores. El libro *La Decadencia de Occidente* constituía una gran síntesis ideológicamente orientada de medio siglo de pesimismo histórico y descontento —y desconcierto— cultural. Asumía la perspectiva organicista decimonónica del desarrollo histórico, uniéndola con la tradición vitalista que él heredaba de Nietzsche. La crítica vitalista de Spengler a la Zivilisationse fusionaba fácilmente con los supuestos ideológicos de la teoría de la degeneración para crear una imagen de la sociedad moderna al borde de la autodestrucción. Para Spengler la cultura occidental moderna es “fáustica”. Mantenía que la mecánica visión occidental del tiempo, la naturaleza y la historia, se opone a la realidad orgánica. El resultado es una ilusión de ilimitada expansión y mejoramiento a través del tiempo, simbolizada por los relojes y el espacio y representada por la física newtoniana y el “incontenible afán de distancia” del hombre occidental.⁸⁷ A partir de 1800, cuando Occidente entró en el prematuro invierno de la civilización plena, inició su implacable expansión externa, a través del capitalismo con sus mercados crecientes y sus procesos tecnológicos, y al fin a través del imperio. Para él, el imperialismo es la civilización sin adulteraciones. La tendencia expansiva es una maldición que domina y agota a la última humanidad durante la etapa de la cosmópolis. La historia de la modernidad estaba cerrada, limitada por el agotamiento de la vitalidad cultural. El final de la civilización se vislumbra en la máscara de una mera lucha zoológica. Pero es posible escapar de ese destino. Es posible crear por medio de la voluntad de lucha una nueva Kultura partir del caos circundante. Tras el fin de la primera guerra mundial, la renovación de Alemania tenía que surgir de una revolución de la derecha, no de la izquierda. Spengler atacaba el liberalismo y la democracia burguesa como ideología y realidad política obsoletas de una Zivilisationmoribunda y su especie en peligro, la burguesía mercantilista. Es harto significativo que en las elecciones de 1932 Spengler votará por Hitler y apoyará activamente al partido nazi. Ciertas discrepancias aparecerían con la publicación del libro de Spengler, *La hora de la decisión* (1934), un libro marcado por el pesimismo y por las dudas de que la nueva nación alemana estuviera a la altura de imponer un nuevo orden mundial. Desde la inmensa distancia (no sólo de tiempo, sino también de ideas y creencias, por decirlo con Ortega), en el mundo contemporáneo más reciente una teoría también de la decadencia ha sido formulada por Burrhus Frederick Skinner —en algunos aspectos próximo a la sociobiología—, el cual se interroga sobre qué es lo que va mal en la vida cotidiana del mundo occidental.⁸⁸ En este ensayo se interroga sobre el posible “mal del progreso”. Realiza una mirada atenta a los hechos de la superpoblación, miseria, hambres, derroche de los recursos naturales (ver la obra que tengo en sección de Keynes), las distancias entre los países desarrollados y subdesarrollados, la sociedad de la opulencia (sobre la opulencia de los “satisfechos” había llamado

87 Véase la exposición crítica de HERMAN, A.: *La idea de decadencia en la historia occidental*, Barcelona, Editorial Andrés Bello, 1998, págs. 225 y sigs. *Sobre el pensamiento de Spengler, véase en una perspectiva crítica*, HUGHES, H.S.: *Oswald Spengler*, New Brunswick, NJ, Transaction Publishers, 1992; MONEREO PÉREZ, J.L.: «La idea de progreso en Herbert Spencer: teoría e ideología», estudio preliminar a SPENCER, H.: *Instituciones Industriales*, Editorial Comares, Granada, 2009; Íd.: «La ideología del darwinismo social y la filosofía de Spencer», estudio preliminar a SPENCER, H.: *Primeros principios*, Granada, Ed. Comares, 2009.

88 Skinner, B.F.: “What is wrong with daily life in the Western world?”, en *American Psychologist*, mayo de 1986, págs. 568 a 574; ID.: *Más allá de la libertad y la dignidad*, Barcelona, Fontanella, 1972.

la atención Galbraith),⁸⁹ la persistencia de las guerras sectoriales, la amenaza de una gran guerra nuclear, las crisis económicas recurrentes, la alienación de las personas en el trabajo (Marx)⁹⁰ y fuera de él (ciudadano consumidor), emergencia de una ciudadanía pasiva y todos estos males a escala mundial (aunque algunos de ellos, evidente, adquieren una mayor presencia en Occidente).⁹¹ Por otra parte, actualmente se tiende a destacar el factor civilizatorio que supone que la selección natural, sobre todo en su proyección a las estructura inorgánicas como las sociedades humanas, ya no puede operar mecánicamente y de modo espontáneo, algo que el propio Darwin había hecho notar, y también —aunque en todo altamente crítico— los darwinistas sociales puros (con su teoría de *laissez-faire* existencial y de la lucha por la existencia y la degeneración, dejando a suerte a los más débiles, sin intervención correctiva de los poderes públicos). El “débil” o el “inadaptado” es objeto de protección pública y privada. E incluso, como es notorio, los seres humanos han intervenido de modo decisivo en el proceso de selección natural de las especies animales.

Autores como Sorel, Pareto, Mosca, Ortega y Freud —como el propio Le Bon a la cabeza— solo veían los aspectos negativistas del orden de esa emergencia de las masas, pero las opciones se situaban, o bien en la integración activa en un proceso de democratización a través de la apertura de los regímenes parlamentarios de la sociedad moderna, o bien en su fácil manipulación por ideologías antidemocráticas.⁹² Mannheim, había considerado que sin una transformación del hombre no podía imaginarse una transformación de la sociedad. Para ello había que contrarrestar los elementos irracionales de nuestra sociedad, aportando argumentos contra lo que denominó “impulsos de la masa” y “psicología de masas simplificada”.⁹³ Entiende, al respecto, que “se puede oponer siempre a la Psicología de masas simplificada al estilo de Le Bon el que los hombres englobados en masas concretas están entregados, de manera empíricamente demostrable, a la sugerencias y contagios, es cierto, pero que el gran número de los miembros de la Sociedad no pone en juego ya sin más sus reacciones irracionales y místicas, y, además, que la irracionalidad no tiene que ser bajo todas las circunstancias destructoras de la Sociedad. Estamos hoy en condiciones de indicar con toda precisión qué circunstancias son las que producen en las masas formas eruptivas de irracionalismo, y bajo qué supuestos son éstas perjudiciales para la Sociedad. Sobre esto sólo algunas palabras. 1) Por lo pronto, el gran número no condiciona sólo éxtasis e irracionalidad. En tanto que se encuentra articulada la gran Sociedad en sus viejas asociaciones orgánicas —como en Francia o Inglaterra—, no produce los síntomas de los impulsos caóticos de masa... (De este modo se trataría de vertebrar a los individuos a través de agregaciones sociales participativas, integradoras, esto es, fomentando la solidaridad

89 Galbraith, J.K.: *La cultura de la satisfacción*, Barcelona, Ariel, 1992.

90 Marx, K.: *Manuscritos de economía y filosofía, trad., e Introducción de Francisco Rubio Llorente*, Madrid, Alianza, 2001.

91 Véase Thuillier, P.: *Las pasiones del conocimiento*, Madrid, Alianza Editorial, 1992, págs. 137 y sigs.

92 Era lo que, entre otros autores lúcidos, había percibido MANNHEIM, K.: *El hombre y la sociedad en la época de crisis, trad. Francisco Ayala*, Madrid, Edersa, 1936; *Id., Ideología y utopía, trad. de Eloy Terrón*, Madrid, Ed. Aguilar, 1973. Para el pensamiento de Karl Mannheim, Kupiec, A., *Karl Mannheim. Ideología, utopía y conocimiento*, Buenos Aires, Nueva Visión, 2008.

93 Mannheim, K., *El hombre y la sociedad en la época de crisis, trad. Francisco Ayala*, Madrid, Edersa, 1936, espec., págs. 36 y sigs., y 65 y sigs.

social entre los individuos; en ello ya habían insistido los solidaristas como Duguit, pero también Durkheim, entre otros). 2) Además, es necesario tener en cuenta que no en todas circunstancias es pernicioso lo irracional; por el contrario, es quizá lo más valioso que el hombre posee, cuando actúa como potente impulso para alcanzar fines racionales objetivos, o crea valores culturales en forma de sublimación y cultivo, o bien aumenta, como pura vitalidad, el goce de la vida, sin destruir de manera amorfa la vida social. De hecho una sociedad de masas bien organizada vela también por todas esas posibilidades de la formación de impulsos... Ahora puede quedar claro lo que entendemos nosotros por el peligro específico de lo irracional. Es la situación de la Sociedad que ha llegado a hacerse de masas, cuando penetran en la política los irracionalismos no configurados y no insertos en la estructura social. Esta situación es peligrosa, porque el aparato de masa de la Democracia lleva la irracionalidad a puestos donde sería necesaria la dirección racional. Con los medios de la Democracia se cumple entonces lo contrario de lo que era el sentido originario de la democratización. Aquí tenemos de nuevo ante los ojos el proceso que en otro lugar caracterizaré más precisamente como "democratización negativa". Pero el hecho de que cada vez penetre más en la esfera de la política lo irracional de la psique del hombre-masa no tiene causas psicológicas, sino sociológicas..." (pp. 67 ss.).

Karl Mannheim vislumbró las transformaciones negativas vinculadas a la "sociedad democrática de masas", observando una tendencia general de la Sociedad de masas hacia la falta de dirección, la pérdida de vida espiritual y la inadecuada formación y selección de élites gobernantes. Ello conforma, críticamente, lo que denominó "democratización negativa" (pp. 89 ss.). Esos riesgos de las sociedades de masa, el "hombre masa" aislado y falto de vínculos sociales normales, propiciaban el surgimiento del totalitarismo.⁹⁴ El "hombre masa" es presa fácil de una visión mítica de la vida,⁹⁵ convirtiéndose en una víctima del poder y de la manipulación totalitaria. El "hombre-masa", como antes había advertido entre nosotros Ortega y Gasset (Esta expresión la introduce él por primera vez etimológicamente), a diferencia del "hombre selecto", es esencialmente conservador y apático: hay que distinguir "al hombre excelente del hombre vulgar diciendo: que aquél es el que se exige mucho a sí mismo, y éste, el que no se exige nada, sino que se contenta con lo que es y está encantado consigo. Contra lo que suele creerse, es la criatura de selección, y no la masa, quien vive en esencial servidumbre". Por otra parte, en el "hombre-masa" se da el rasgo prototípico "de 'no escuchar', de no someterse a instancias superiores, que reiteradamente he presentado como característica del hombre-masa, llega al colmo precisamente en estos hombres parcialmente cualificados. Ellos simbolizan, y en gran parte constituyen, el imperio actual de las masas, y su barbarie es la causa más inmediata de desmoralización europea".⁹⁶

⁹⁴ Arendt, H., *Los orígenes del totalitarismo*, Madrid, Ed. Taurus, 2004.

⁹⁵ Véase Blumenberg, H., *El mito y el concepto de realidad*, Barcelona, Ed. Herder, 2004.

⁹⁶ Ortega y Gasset, J., *La rebelión de las masas*, en *Obras Completas*, t. IV, Madrid, Alianza-Revista de Occidente, Madrid, 1983, págs. 182 y 219. Además Ortega, como también Freud y Canetti subrayan el hecho de que en la sociedad de masas espontáneas se realiza el movimiento (movimiento de masas) frente a su institucionalización organizativa a través de partidos y sindicatos y otras organizaciones de intereses. Véase, asimismo, FREUD, S.: *Psicología de las masas y análisis del yo*, Madrid, Biblioteca Nueva, 1924 (recogida también en *Obras completas*, en la misma Editorial Biblioteca Nueva).

Elías Canetti individualizó las que denominó “propiedades de la masa”. En su opinión las propiedades principales de la masa era cuatro: la masa siempre quiere crecer (su crecimiento no tiene impuesto límite por naturaleza; los límites creados artificialmente no pueden evitar el crecimiento de la masa de una vez por todas), en el interior de la masa reina igualdad (Se trata de una igualdad absoluta e indiscutible y jamás es puesta en duda por la masa misma. Posee una importancia tan fundamental que se podrá definir el estado de la masa directamente como un estado de absoluta igualdad. Todas las exigencias de justicia, todas las teorías de igualdad extraen su energía, en última instancia, de esa vivencia de igualdad que cada uno conoce a su manera a partir de la masa), la masa ama la densidad (no hay densidad que la alcance. Nada ha de interponerse, nada ha de quedar vacilando; en lo posible todo ha de ser ella misma. La sensación de máxima densidad la tiene en el instante de la descarga. Un día será posible determinar y medir más precisamente esta densidad), y, por último, la masa necesita una dirección en cierto sentido finalista (Está en movimiento y se mueve hacia algo. La dirección, que es común a todos los componentes, intensifica el sentimiento de igualdad. Una meta, que está fuera de cada uno y que coincide en todos, sumerge las metas privadas, desiguales, que serían la muerte de la masa. Para su subsistencia la dirección es indispensable. El temor a desintegrarse, que siempre está vivo en ella, hace posible orientarla hacia objetivos cualesquiera. La masa existe mientras tenga una meta inalcanzada. Pero todavía hay en ella otra tendencia al movimiento que conduce a formaciones superiores y nuevas. A menudo no es posible predecir la naturaleza de tales formaciones). Canetti subraya que cada una de estas cuatro propiedades puede estar presente en mayor o menor medida. Según se enfoque una o la otra de ellas, se llega a una división distinta de las masas. Se puede hablar, así, de masas abiertas o cerradas, división que hace referencia a su crecimiento. Mientras su crecimiento no se obstaculice, la masa es abierta; es cerrada, apenas su crecimiento se limita. Otra distinción es la que existe entre masas rítmica y retenida. Tal división alude a las dos propiedades siguientes: igualdad y densidad, pero a ambas en conjunto. La masa retenida vive con miras a su descarga. La igualdad se hace aquí la meta principal de la masa, en la que finalmente desemboca. Por el contrario, en la masa rítmica densidad e igualdad coinciden desde el comienzo. Aquí todo reside en el movimiento. Estas configuraciones rítmicas nacen con toda rapidez y es tan sólo la fatiga física la que les pone fin.

Por otra parte, la pareja de conceptos, la de masa lenta y rápida, se refiere exclusivamente a la naturaleza de su meta. Las masas llamativas, de las que tan comúnmente se habla, las que constituyen una parte tan esencial de nuestra vida moderna, las masas políticas, deportivas, bélicas, son todas rápidas. Distintas de ellas son las masas religiosas del más allá o las de los peregrinos; en éstas la meta está en la lejanía, el camino es largo y la verdadera constitución de la masa es postergada a un país muy distante o a un reino de los cielos. De estas masas lentas en realidad vemos sólo los afluentes, porque los estados finales, a los que aspiran, son invisibles e inalcanzables para no creyentes. La masa lenta se reúne con lentitud y se va a sí mismas como algo permanente a remota distancia.⁹⁷

La masa, en el modo de pensar de Canetti, se vincula al poder. Esa masa puede ser objeto de dominio por una minoría. Es más: en la perspectiva antropológica, la masa y el “hombre-masa” (al

97 Canetti, E.: *Masa y poder*, Barcelona, Muchnik Editores, 5ª ed., 1985, págs. 23 a 25, y ampliamente 26 y sigs., passim.

que, recuérdese, se refirió Ortega y Gasset) no sólo es susceptible de dominación, sino que también pretende ser dominada por el poder cosificado en líderes, directores o conductores de “almas colectivas” (conductores de multitudes, que, investidos de prestigio, en su interrelación con las masas se comportan ante todo como hombres de acción más que como grandes pensadores). En este sentido, la experiencia histórica de las masas, dominadas (e incluso hipnotizadas) por los líderes, para fines muy distintos a los utópicos implícitos a las sociedades de masas ofrece un balance problemático e incluso trágico. Es en este plano crítico donde cabe situar la importante reflexión de Peter Sloterdijk, expuesta en su libro *El Desprecio de las Masas. Ensayo sobre las Luchas Culturales de la Sociedad Moderna*.⁹⁸ Para él la masa postmoderna es una masa carente de todo potencial, fragmentada internamente y llena de silencios y soledades; una masa muy distinta a la masa transformadora o revolucionaria que activamente participa en los procesos de transformación de la sociedad; la masa moderna, era una masa que quería hacer historia, en virtud de su condición de colectivo preñado de expresividad.⁹⁹

2. OBRAS DE GUSTAVE LE BON Y TRADUCCIONES AL CASTELLANO (SELECCIÓN)

Le Bon ha sido un autor amplísima traducido al español, lo que resulta harto significativo para verificar su efectiva influencia en España y en los países latinoamericanos.

Le Bon, G., *Psicología de las multitudes*, trad. de J.M. Navarro Palencia, edición crítica y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada (Colección Crítica del Derecho), 2012

Le Bon, G., *Psicología de las multitudes*, trad. de J.M. Navarro Palencia, Madrid, Daniel Jorro Editor, 1903 (2ª ed., 1921; 3ª ed. 1929).

Le Bon, G., *Psicología de las multitudes*, Santiago de Chile, Editorial Cultura, 1937.

Le Bon, G., *Psicología de las multitudes*, Buenos Aires, E.M.C.A., 1945.

Le Bon, G., *Psicología de las multitudes*, Buenos Aires, Albatros, 1968.

Le Bon, G., *Psicología de las multitudes*, México, Divulgación, cop. 1973.

Le Bon, G., *Psicología de las masas*, Prólogo de Florencio Jiménez Burillo, Madrid, Morata, 1995.

Le Bon, G., *L'Homme et les sociétés leurs origines et leur histoire*, 2 Vols., Paris : J. Rothschild, 1881.

⁹⁸ *El Desprecio de las Masas. Ensayo sobre las Luchas Culturales de la Sociedad Moderna* (2000), trad. Germán Cano, Valencia, Pre-textos, 2002.

⁹⁹ *El Desprecio de las Masas. Ensayo sobre las Luchas Culturales de la Sociedad Moderna* (2000), cit., pág. 18.

LA 'ERA DE LAS MASAS' Y LA REACCIÓN Y DEFENSA CONSERVADORA AL ADVENIMIENTO DE LAS CLASES TRABAJADORAS...

- Le Bon, G., *La evolución de la materia: con 62 figuras fotografiadas en el laboratorio del autor*, Biblioteca de Filosofía Científica dirigida por el Dr. Gustavo Le Bon, trad. de José González Llana, Madrid, Librería Gutenberg de José Ruiz, 1907 (2ª ed., 1911; 3ª ed., 1923).
- Le Bon, G., *Incertidumbres de nuestros días: reflexiones sobre la política, las guerras, las alianzas, la moral, las religiones, las filosofías, etc.*, traducción del francés por Marcial Aguirre, Madrid, Aguilar.
- Le Bon, G., *La evolución de las fuerzas*, Madrid, Librería Gutenberg de José Ruiz, Biblioteca de Filosofía Científica dirigida por el Dr. Gustavo Le Bon, Librería Gutenberg, 1914.
- Le Bon, G., *La psicología política y la defensa social*, versión española de José María González, Madrid, Librería Gutenberg de José Ruiz, Biblioteca de Filosofía Científica dirigida por el Dr. Gustavo Le Bon, 1912.
- Le Bon, G., *Los fenómenos físicos y sociales: métodos de estudio*, traducción de Francisco Almela y Vives, Madrid, M. Aguilar, s/f (19.?).
- Le Bon, G., *La vida de las verdades*, trad. de José Ballester y Gozalvo, Madrid, M. Aguilar, 1920.
- Le Bon, G., *La Civilización de los árabes*, Montaner y Simón, 1ª ed., 1886.
- Le Bon, G., *La civilización de los árabes*, trad. Luis Carreras, Buenos Aires, El Nilo, Libertad, 2ª ed., 1946.
- Le Bon, G., *Los árabes: historia, civilización y cultura*, trad. Luis Carreras, Barcelona, Abraxas, 2007.
- Le Bon, G., *El desequilibrio del mundo*, trad. Antonio Buendía, M. Aguilar, s/f.
- Le Bon, G., *Psicología de las multitudes*, Buenos Aires, E.M.C.A., 1945.
- Le Bon, G., *Psicología de la educación*, Madrid, Biblioteca de Filosofía Científica dirigida por el Dr. Gustavo Le Bon, Librería Gutenberg de José Ruiz, 2ª ed., 1910.
- Le Bon, G., *Psicología de los tiempos nuevos*, Madrid, Marqués de Urquijo, Biblioteca de Ideas y Estudios Contemporáneos.
- Le Bon, G., *Estudio de las civilizaciones y de las razas*, traducción de Francisco Almela y Vives, Madrid,
- Le Bon, G., *Ayer y mañana*, traducción de Marcial Aguirre, Madrid, M. Aguilar, 1930.
- Le Bon, G., *Las opiniones y las creencias: génesis-evolución*, versión española por Pedro M. González Quijano, Madrid, Librería Gutenberg de José Ruiz, 1912.
- Le Bon, G., *La Revolución Francesa y la psicología de las revoluciones*, versión española de Julio López Oliván, Madrid, Librería Gutenberg de José Ruiz, 1914.
- Le Bon, G., *Las primeras civilizaciones*, traducida del francés por Miguel López Atocha, Madrid, M. Aguilar.
- Le Bon, G., *Psicología del Socialismo*, Ricardo Rubio, Madrid, Daniel Jorro, 1ª ed., 1903, 2ª ed., 1921.
- Le Bon, G., *Bases científicas de una filosofía de la historia*, trad. de F. García, Madrid, M. Aguilar, 1931.
- Le Bon, G., *Las civilizaciones de la India*, trad. Francisco Pi y Arsuaga, Barcelona, Montaner y Simón, 1901.

Le Bon, G., *Enseñanzas psicológicas de la guerra europea*, trad. Rafael Urbano, Madrid, Librería Gutenberg de José Ruiz, 1916.

Le Bon, G., *Leyes psicológicas de la evolución de los pueblos*, traducción de Carlos, Madrid, Daniel Jorro, 1929.

Le Bon, G., *La evolución actual del mundo: ilusiones y realidades*, trad. de Francisco Almela y Vives, Madrid, M. Aguilar.

Le Bon, G., *Premières conséquences de la Guerre : transformation mentale des peuples*, Paris, Ernest Flammarion, 1916.



RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

RESEÑAS
BIBLIOGRÁFICAS

REJLSS

Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social
noviembre-abril 2024 - núm 8 ISSN-e: 2660-437X

RESEÑA DE “VACÍOS E INSUFICIENCIAS EN LA ADAPTACIÓN Y PROTECCIÓN ADECUADA A LAS PERSONAS TRABAJADORAS CON DISCAPACIDAD”

(RUIZ SANTAMARÍA, J.L., THOMSON REUTERS ARANZADI, CIZUR MENOR, 2019)

Matthieu Chabannes

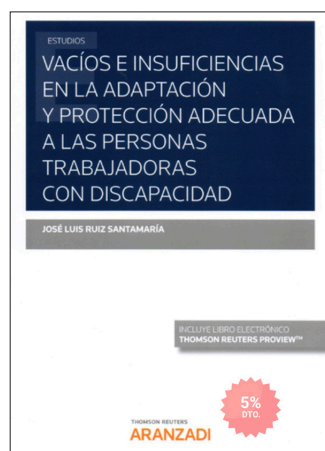
Profesor e investigador Predoctoral Contratado (FPU)

Universidad Complutense de Madrid

matthcha@ucm.es ORCID [0000-0002-9295-923X](https://orcid.org/0000-0002-9295-923X)

Recepción de trabajo: 07-03-2024 - Aceptación: 13-03-2024 - Publicado: 22-03-2024

Páginas: 296-298



La monografía “Vacíos e insuficiencias en la adaptación y protección adecuada a las personas trabajadoras con discapacidad” escrita por José Luis Ruiz Santamaría, Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo de la Seguridad Social y de la Seguridad Social (acreditado ya a Profesor Contratado Doctor) en la Universidad de Málaga, se presenta como una obra profundamente analítica y una contribución significativa al estudio de un tema de gran relevancia y complejidad: La protección de las personas con discapacidad en el ámbito laboral. El autor, con su profundo conocimiento en esta materia, aborda esta cuestión desde una perspectiva multidisciplinaria que combina elementos jurídicos y sociológicos.

Este libro, basado en la tesis doctoral del autor, consta de cinco capítulos que se sumergen en el mundo de la protección a las personas con discapacidad y sus desafíos en el entorno laboral. Ruiz Santa María adopta una perspectiva de justicia social, y su enfoque se centra en los derechos, las capacidades y el desarrollo de las personas con discapacidad, todo dentro de un contexto interdisciplinario que enriquece la comprensión del tema.

Para el primer capítulo, el profesor nos invita a retroceder en el tiempo y a explorar la evolución de las percepciones sobre la discapacidad

a lo largo de la historia. En concreto, nos adentramos en evolución histórica de la discapacidad y los diferentes modelos sociológicos que la han abordado a lo largo del tiempo. Desde la época en que las personas con discapacidad eran consideradas una carga para la sociedad hasta el enfoque actual que aboga por la dignidad y la inclusión, el autor nos lleva en un viaje a través de la transformación de la percepción de la discapacidad.

El segundo capítulo, el más extenso, se adentra en la prevención de riesgos laborales (PRL) y su aplicación a los trabajadores con discapacidad. Aquí, el autor desglosa las fuentes reguladoras y ofrece una visión clara de las normativas europeas y su implementación en el contexto español. Además, se explora la noción de justicia social y su importancia en las relaciones laborales, destacando la necesidad de abordar la discapacidad desde un prisma más humano.

El tercer capítulo, titulado “Vacíos de justicia en la protección de las personas con discapacidad en el empleo,” destaca los desafíos que enfrentan los trabajadores discapacitados en sus relaciones laborales. El autor aborda la falta de igualdad de condiciones en la búsqueda de empleo y examina las carencias en la dimensión institucional. Además, se enfoca en la importancia de desarrollar nuevas medidas institucionales para garantizar el acceso efectivo al empleo y prevenir la discriminación laboral.

El cuarto capítulo se centra en los diferentes “modelos de organización y gestión en la prevención de riesgos laborales y el trato dispensado a las personas trabajadoras con discapacidad”. Aquí, el profesor analiza la dualidad de la salud como un derecho de los trabajadores y un deber empresarial. Se ofrece una visión detallada de la gestión preventiva en distintos contextos, desde empresas privadas hasta la Administración General del Estado, teniendo en cuenta el tamaño de la empresa y los riesgos asociados. El capítulo pone de relieve las insuficiencias en la gestión preventiva y presenta un caso ilustrativo de la jurisprudencia que destaca los vacíos de justicia en este ámbito.

El quinto y último capítulo, “La negociación colectiva ante las insuficiencias institucionales y los vacíos de justicia: la pérdida del empleo por discapacidad sobrevenida,” aborda el desafío que enfrentan los trabajadores que experimentan una discapacidad sobrevenida. El autor aboga por una mejor negociación colectiva como una solución para mitigar la pérdida de empleo en estos casos. Se realiza un análisis estadístico de la situación de España en relación a la discapacidad sobrevenida y se examinan los convenios colectivos que contemplan medidas de adaptación o recolocación.

En este sentido, a medida que avanzamos en la lectura, se analizan las insuficiencias y los vacíos de justicia en situaciones específicas relacionadas con la adaptación y protección adecuada de los trabajadores con discapacidad. Se abordan temas como el empleo y el mercado laboral, el desarrollo de la relación laboral y su posible extinción debido a la discapacidad sobrevenida. Además, el libro ofrece enfoques constructivos y propuestas que buscan llenar esos vacíos de justicia. Es importante destacar que el autor subraya que el problema no es simplemente de legalidad, sino de justicia, tanto social como relacional. La premisa central de la investigación es que la institucionalidad normativa, por sí sola, resulta insuficiente para abordar los desafíos que enfrentan las personas trabajadoras con discapacidad.

En última instancia, el libro culmina con las conclusiones del autor, que resumen los temas tratados y ofrecen una perspectiva integral de los desafíos que enfrentan las personas con discapacidad en el ámbito laboral.

En resumen, “Vacíos e insuficiencias en la adaptación y protección adecuada a las personas trabajadoras con discapacidad” es una obra exhaustiva que arroja luz sobre un tema crucial y, a menudo, pasado por alto. José Luis Ruiz Santa María presenta un análisis sólido y propuestas significativas para mejorar la justicia en el ámbito laboral para las personas con discapacidad. Este libro es una lectura esencial para aquellos interesados en obtener una visión completa y panorámica de la discapacidad en todas sus dimensiones, convirtiéndose en una lectura esencial para quienes deseen comprender y abordar este importante asunto.

RESEÑA DE “LA JUVENTUD EN EL CONTEXTO DE LAS POLÍTICAS LEGISLATIVAS DE CONTENIDO SOCIO- LABORAL: CONCEPTUALIZACIÓN, REFORMAS NORMATIVAS Y CAMBIOS RECIENTES”

(GÓMEZ SALADO, M.Á., THOMSON REUTERS ARANZADI, CIZUR MENOR, 2024)

Eva García Vázquez

evagarcia@uma.es

Recepción de trabajo: 13-03-2024 - Aceptación: 13-03-2024 - Publicado: 22-03-2024

Páginas: 299-300



“La juventud en el contexto de las políticas legislativas de contenido socio-laboral: conceptualización, reformas normativas y cambios reciente”, publicada por el profesor Miguel Ángel Gómez Salado, en 2023 por la editorial Aranzadi, S.A.U, aporta una de las visiones más actualizadas de la situación en la que se encuentra el mercado laboral para los empleados más jóvenes y los futuros trabajadores.

El texto analiza en profundidad la situación actual que experimenta el derecho laboral en relación con la población más joven en España. Se destaca la importancia de este colectivo en el mercado de trabajo y las dificultades que el mismo experimenta para acceder a un puesto digno. A través de datos estadísticos que soportan el análisis, se puede trazar fácilmente la manera mediante la cual se compone el mercado de trabajo y aquellos problemas que afectan directamente a la población joven.

De manera muy acertada, el profesor Miguel Ángel realiza primero una panorámica de la población joven para conocer la situación demográfica y la realidad sociolaboral a la que se enfrentan. De esta manera, logra destacar las elevadas tasas de desempleo juvenil, la precariedad laboral y las dificultades existentes para acceder a un mercado de trabajo estable y de calidad. En todo momento se menciona la existencia de barreras para el acceso al empleo como son, un asesoramiento y

“LA JUVENTUD EN EL CONTEXTO DE LAS POLÍTICAS LEGISLATIVAS DE CONTENIDO SOCIO-LABORAL”

orientación insuficiente, debiendo esta ser recibida en la etapa formativa previa a la incorporación en el mundo laboral; una formación poco ajustada a las peticiones del mercado laboral; los múltiples problemas que surgen en el momento de hacer frente a los estereotipos relacionados con nuevos modelos de mercados, los cuales no casan fácilmente en una sociedad tan preestablecida y arraigada a los modelos comerciales tradicionales como es la nuestra; falta de correlación entre los contenidos estudiados y las exigencias del mercado; entre otros muchos ejemplos que se describen.

A raíz de esta situación realmente complicada de afrontar para los jóvenes, las Administraciones han decidido llevar a cabo planes de empleo para paliar esta situación que aun se ha visto más agravada después de la crisis derivada de la pandemia del COVID-19. Se han elaborado planes de empleo tanto basados en políticas pasivas como activas. Muchos de los programas desarrollados se encontraban incentivados con fondos públicos, por lo que cabe señalar la notable preocupación que existe alrededor del desempleo juvenil. Se destacan entre otras la *“Estrategia Española de apoyo activo al empleo 2021- 2024, aprobada por el real decreto 1069/2021, de 4 de diciembre, y el plan anual para el fomento del empleo digno 2023, aprobado por acuerdo del consejo de ministros de 23 de mayo de 2023: particular hincapié en la juventud”* y *“El Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo: varias reformas encaminadas a proporcionar un marco idóneo para la incorporación de las personas jóvenes al mercado laboral”*.

Por todo ello, cabe destacar que el libro presentado por el profesor Miguel Ángel Gómez Salado no solo ofrece una crítica sobre la situación laboral del país ilustrándola con datos objetivos, sino que también plasma los importantes esfuerzos que se están realizando por parte de las instituciones para solventar lo mejor posible estas cuestiones.

En especial este texto está dirigido y puede resultar de gran ayuda a colectivos como estudiantes universitarios de derecho, sociología y ciencias políticas, así como cualquier otra persona con un poco de curiosidad sobre la situación laboral de los jóvenes.

Por todo ello, no cabe otra posibilidad que concluir con la recomendación de este libro que sin duda ensalza la importancia que tiene el talento joven y la necesidad que existe de velar por la conservación del mismo, facilitando el acceso al mercado laboral para las personas que llegan plenos de energía y con ideas innovadoras.