



REVISTA DE ESTUDIOS JURÍDICO LABORALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL

revista semestral

abril 2021

REJLSS

ISSN-e 2660-437X

2

REVISTA DE ESTUDIOS JURÍDICO LABORALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL

PERIODICIDAD SEMESTRAL

NOVIEMBRE - ABRIL 2021

PRESIDENTE

Francisco Vila Tierno

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Málaga

DIRECTOR

Miguel Ángel Gómez Salado

Profesor Contratado Doctor (Acreditado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Málaga

COORDINADORA 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 Contratada Doctora (Acreditada) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Jaén

José Luis Ruiz Santamaría

Profesor Contratado Doctor (Acreditado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Málaga

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 electró-

nico. 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
- Tribuna de actualidad
- Reseñas normativas
- 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 y CCUC.



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



CONSEJO EDITORIAL

PRESIDENCIA

Francisco Vila Tierno

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

DIRECCIÓN EJECUTIVA

Miguel Ángel Gómez Salado

Profesor Contratado Doctor (Acreditado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga (España)

COORDINACIÓN GENERAL

Belén del Mar López Insua

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

COORDINACIÓN DE PUBLICACIONES

María Salas Porras

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

SECRETARÍA GENERAL

José Luis Ruiz Santamaría

Profesor Contratado Doctor (Acreditado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga (España)

Estefanía González Cobaleda

Profesora Contratada Doctora (Acreditada) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén (España)

VICESECRETARÍA GENERAL

María Rosa Vallecillo Gámez

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

Pompeyo Gabriel Ortega Lozano

Profesor Contratado Doctor (Acreditado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada (España)



CONSEJO ASESOR

VOCALES

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

Rosa Quesada Segura

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Málaga (España)

María Nieves Moreno Vida

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Granada (España)

Cristóbal Molina Navarrete

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Jaén (España)

Cristina Sánchez-Rodas Navarro

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Sevilla (España)

José Luis Tortuero Plaza

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Complutense de Madrid (España)

José Ignacio García Ninet

Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Barcelona (España)

María José Romero Ródenas

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Castilla-La Mancha (España)

Adriana Topo

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Università degli Studi di Padova (Italia)

Marco Esposito

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Università degli Studi di Napoli «Parthenope» (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)



Juan García Blasco

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

Susana Rodríguez Escanciano

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

Jordi García Viña

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

María Arántzazu Vicente Palacio

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

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)

Franco Scarpelli

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

Carmen Elena Domínguez Soto

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

Francisco Tapia Guerrero

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

COORDINACIÓN GENERAL

Antonio Márquez Prieto

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

VOCALES

Francisco Miguel Ortiz González-Conde

Profesor Ayudante Doctor (acreditado como Profesor Contratado Doctor) de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia (España)

José Luis Ruiz Santamaría

Profesor Contratado Doctor (Acreditado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga (España)



Estefanía González Cobaleda

Profesora Contratada Doctora (Acreditada) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén (España)

Carlos José Martínez Mateo

Profesor Contratado Doctor (Acreditado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Almería (España)

María Iluminada Ordóñez Casado

Profesora Contratada Doctora (Acreditada) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga (España)

Miguel Ángel Gómez Salado

Profesor Contratado Doctor (Acreditado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga (España)

Lucía Aragüez Valenzuela

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

Stefano Bini

Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Córdoba (España)

Sara Guindo Morales

Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada (España)

Silvia Fernández Martínez

Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Santiago de Compostela (España)

Enea Ispizua Dorna

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad del País Vasco (España)

María del Carmen Macías García

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

Jorge Baquero Aguilar

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

José Antonio Rueda Monroy

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

María Fátima Poyatos Chacón

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

María del Pilar Giménez Murugarren

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

María Rosa Martín Muñoz

Profesora contratada predoctoral
Universidad de Granada (España)



Antonio Megías Bas

Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Murcia (España)

Francisco Xabiere Gómez García

Profesor contratado predoctoral

Universidad de León (España)

Matthieu Chabannes

Profesor contratado predoctoral

Universidad Complutense de Madrid (España)

Gonzalo Narváez Turci

Doctorando del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Málaga (España)

Shelagh McKenzie

Abogada Internacional (Reino Unido)

Gloria María Montes Adalid

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Málaga (España)

Daiana Ana Maria Pițică

Becaria de colaboración del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Málaga (España)

Ángela García Jiménez

Investigadora

Universidad de Málaga (España)

COORDINACIÓN GENERAL

Salvador Perán Quesada

Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Málaga (España)

SECRETARÍA GENERAL

Francisca Moreno Romero

Contratada Doctora Interina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Complutense de Madrid (España)

SECCIÓN JURISPRUDENCIA

COORDINACIÓN GENERAL

Francisco Lozano Lares

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Málaga (España)



SECCIÓN TRIBUNA DE ACTUALIDAD

COORDINACIÓN GENERAL

Marina Fernández Ramírez

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

COMITÉ DE EVALUADORES EXTERNOS

VOCALES

Miguel Ángel Almendros González

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

Isabel María Villar Cañada

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

Margarita Miñarro Yanini

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

Guillermo Rodríguez Iniesta

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia (España)

Juan Antonio Maldonado Molina

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

Susana de la Casa Quesada

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

Manuel García Jiménez

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

Djamil Tony Kahale Carrillo

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Politécnica de Cartagena (España)

Olimpia Molina Hermosilla

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

María Inmaculada Marín Alonso

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



Natalia Tomás Jiménez

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

María Teresa Igartua Miró

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

Daniela Da Rocha Brandão

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Pontificia Universidad Católica de Río de Janeiro (Brasil)

Miguel Gutiérrez Bengoechea

Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de Málaga (España)

Pepa Burriel Rodríguez-Diosdado

Profesora Titular Acreditada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Barcelona (España)

José Antonio Peña Ramos

Profesor Titular de Ciencia Política y de la Administración
Universidad de Granada (España)

Patricia Benavides Velasco

Profesora Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Málaga (España)

Consuelo Chacartegui Jávega

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Pompeu Fabra (España)

David Montoya Medina

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Alicante (España)

Esperanza Macarena Sierra Benítez

Profesora Titular Acreditada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla (España)

María de Monserrate Rodríguez Egío

Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia (España)

Miguel Ángel Martínez-Gijón Machuca

Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla (España)

Raquel Vela Díaz

Profesora Contratada Doctora (Acreditada) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén (España)

David Gutiérrez Colominas

Profesor Contratado Doctor (Acreditado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Barcelona (España)



Patricia Espejo Megías

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

Juan Alberto Tormos Pérez

Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Valencia (España)

Rafael Moll Noguera

Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Valencia (España)

María del Pilar Castro López

Profesora de Derecho Administrativo
Universidad de Málaga (España)

Alcides Antúnez Sánchez

Jefe del Departamento de Derecho
Universidad de Granma (Cuba)

Jorge Martínez Cumbreira

Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granma (Cuba)

Carlos David Aguilar Segado

Profesor de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de Málaga (España)

Constanza Alejandra Richards Yáñez

Profesora de Derecho. Universidad de Santiago de Chile (Chile). Abogada y Jefa del Departamento de Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos en la Subsecretaría de Derechos Humanos (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Chile)

Aurora Adriana Vimercati

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Università degli Studi di Bari (Italia)

Lorenzo Giasanti

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

Francisco Trujillo Pons

Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Valencia (España)

Juan Ignacio Caminos

Abogado y especialista en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Nacional de Córdoba (Argentina)

COORDINACIÓN GENERAL

Juan Carlos Álvarez Cortés

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



COMITÉ DE GESTIÓN Y EDICIÓN DIGITAL

VOCALES

Constanza Alejandra Richards Yáñez

Profesora de Derecho. Universidad de Santiago de Chile (Chile)

Abogada y Jefa del Departamento de Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos en la Subsecretaría de Derechos Humanos (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Chile)

Silvia Fernández Martínez

Miembro del Comité Ejecutivo Técnico de la Comunidad CIELO Laboral

Secretaría General y Responsable de la Plataforma informática de la Red Cielo Laboral

José Erick Chávez Marín

Profesor de Derecho Internacional Público

Pontificia Universidad Católica de Chile (Chile)

Sofía Louise Martínez Martínez

Técnica de investigación de la “Cátedra de Emprendimiento Sostenible”

Universidad de Málaga (España)

Mario Millán Franco

Profesor Contratado Doctor (Acreditado) de Trabajo Social y Servicios Sociales

Universidad de Málaga. Miembro de la Comunidad CIELO Laboral

Jesús Avellaneda Menchón

Investigador predoctoral en la Universidad de Málaga e ingeniero informático en la empresa privada

Gloria María Montes Adalid

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Málaga (España)

COORDINACIÓN GENERAL

Antonio López-Quiñones García

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Málaga (España)

* Fotografía de portada e interiores: Miguel Ángel Gómez Salado

SUMARIO

EDITORIAL

Francisco Vila Tierno

TIEMPOS DE REFORMAS ¿O NO?	14-17
----------------------------------	-------

ESTUDIOS DOCTRINALES

Susana Rodríguez Escanciano

VIGILANCIA Y CONTROL DE LA SALUD MENTAL DE LOS TRABAJADORES

Aspectos preventivos y reparadores	19-55
--	-------

Ángel Luis de Val Tena

LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DURANTE EL PERIODO DE PRUEBA	56-98
---	-------

Pilar Rivas Vallejo

APROXIMACIÓN LABORAL A LOS CONCEPTOS DE ESCLAVITUD, TRABAJO FORZOSO Y EXPLOTACIÓN LABORAL EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES.....

99-135

César Augusto Carballo Mena

DERECHOS LABORALES EN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	136-162
---	---------

Dan Top y Nicoleta Enache

LÍMITES DE SUBORDINACIÓN DEL EMPLEADO AL EMPLEADOR Y AUTOCRACIA LABORAL ...	163-175
---	---------

Víctor Ribes Moreno

LA INVIABILIDAD DE CONCILIAR ESTUDIOS DOCTORALES MEDIANTE EL ART. 23 DEL ET Y EL PERMISO INDIVIDUAL DE FORMACIÓN.....

176-197

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

Carmen Sánchez Trigueros

JUBILACIÓN ANTICIPADA DE MUJERES CON PENSIÓN INFERIOR A LA MÍNIMA

Comentario a la STJUE de 21 de enero de 2021 (C-843/2019)	199-209
---	---------

Silvia Patricia Gallo Cariddi

INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA CLÁUSULA DE REMISIÓN DEL DELITO "CONTRA LA SEGURIDAD DE LOS TRABAJADORES" (ART. 316 DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL)

210-222

Francisco Javier Pérez Blanco

NUEVA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE VALORACIÓN DE EXPERIENCIA PROFESIONAL POR SERVICIOS PRESTADOS EN MUTUAS COLABORADORAS CON LA SEGURIDAD SOCIAL. Sentencia de la sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2020.....

223-242



Virginia Eugenia Cardeñas Porta

PRESTACIONES DE SEGURIDAD VERSUS PRESTACIONES ASISTENCIALES EN EL MARCO DE LAS REGLAS DE COORDINACIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL EN LA UNION EUROPEA

A propósito de la Sentencia del TJUE del 12/03/2020. Asunto C-769/18..... 243-260

TRIBUNA DE ACTUALIDAD

Francisco A. Vila Tierno

FIN DEL ESTADO DE ALARMA Y NUEVAS REALIDADES LABORALES

Una especial atención a los mayores 262-272

Manuel Martín Hernández-Carrillo

EXTERNALIZACIÓN Y EMPRESAS MULTISERVICIOS.....

273-278

Carlos David Aguilar Segado

SITUACIÓN ACTUAL DE LAS PENSIONES EN ESPAÑA:

Perspectiva económica-financiera 279-295

Raquel Castro Medina

AVANCES LEGISLATIVOS HACIA LA CORRESPONSABILIDAD

296-308

Ángela García Jiménez

LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Y LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Un nuevo paradigma para los juristas, en especial los jueces..... 309-317

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

Miguel Ángel Gómez Salado

RESEÑA DE “LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL EMPLEO PÚBLICO: SISTEMAS JURÍDICOS ITALIANO Y ESPAÑOL: CUESTIONES ACTUALES Y PUNTOS CRÍTICOS”

319-320

María Angustias Benito Benítez

RESEÑA DE “LA TUTELA TRANSVERSAL DEL DERECHO A LA SALUD EN EL TRABAJO”

321-325

Jesús Avellaneda Menchón

RESEÑA DE “LA CUARTA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL Y SU IMPACTO SOBRE LA PRODUCTIVIDAD, EL EMPLEO Y LAS RELACIONES JURÍDICO-LABORALES: DESAFÍOS TECNOLÓGICOS DEL SIGLO XXI”

326-327

Daiana Ana María Pițică

RESEÑA DE “LOS TRABAJADORES MADUROS ANTE EL RETO DEL ENVEJECIMIENTO ACTIVO”

328-331

Sheila López Vico

RESEÑA DE “PODERES EMPRESARIALES Y RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR INCUMPLIMIENTO DEL TRABAJADOR (ESPAÑA E ITALIA)”.....

332-335

TIEMPO DE REFORMAS ¿O NO?

El mes de marzo de 2021 ha sido el aniversario oficial de la pandemia en nuestro país. Un año que nos sirve, a su vez, como referencia, para determinar el período transcurrido desde que se paralizó el diálogo social encaminado a *reformular la reforma* de 2012.

Una contrarreforma que se había planteado según una hoja de ruta con modificaciones inminentes, a medio y a largo plazo. Pero siempre bajo un mismo eslogan: “acabar con los aspectos más lesivos” de aquella. Y la vía era la derogación de lo regulado entonces.

Ya entonces nos planteábamos tres cuestiones distintas:

- ¿cuáles se consideraban los aspectos más lesivos de la reforma de 2012?
- si se derogaba la legislación de 2012 ¿con qué nos quedábamos? ¿con la de 2010, o también se alcanzaría ésta?
- ¿se conseguiría con acuerdo entre los agentes sociales?

Los interrogantes siguen siendo los mismos en algún caso y, en otros, las respuestas.

Comenzando por el orden en el que se han planteado, la primera reflexión era la siguiente: en una reforma que tiene una finalidad flexibilizadora, de adaptabilidad a las necesidades económicas y empresariales, para responder a una situación de crisis como la que se vive cuando se aprueba el RDL 3/2012 y posteriormente la Ley 3/2012, necesariamente se tiene que corresponder con una visión menos social. Y este dato es absolutamente trascendente.

De un lado, no se entra a valorar si la reforma trajo resultados más o menos acertados para el empleo en lo cuantitativo, pero en lo cualitativo, es cierto que, con determinadas instituciones, supone una rebaja de derechos respecto a los trabajadores o más bien, que posibilita esa rebaja de derechos. Y es que se sigue la línea desreguladora de flexibilización que ya es tradicional, pero que no se aparta tampoco de la reforma efectuada en 2010.

De otro lado, hemos de señalar que, esa argumentación de la crisis lo puede todo. Y ya sabemos que de un tiempo a esta parte, más que nunca, el Derecho del Trabajo es el Derecho de la crisis. En ese sentido, decíamos antes que era trascendente este dato, pero lo es porque servía como razonamiento de aquella reforma y porque da la impresión de que hoy también marcará los tiempos y las formas en el nuevo proceso de diálogo social. Pero sobre esta cuestión volveremos más adelante para dar respuesta a la tercera de las cuestiones planteadas.

Por último, con relación a la primera interrogante, para mí sigue siendo la incógnita más difícil de resolver. Y ello atendiendo a varios parámetros. Y es que, al margen, como hemos hecho, de reco-

nocer que, efectivamente, introducía elementos que desfavorecían a los trabajadores, lo realmente complejo es concretar cuáles son los elementos que merecen la calificación de “más lesivos” de la reforma laboral de 2012. Primera dificultad: el documento programático de la Coalición de Gobierno no resulta clarificador en este sentido. No es que no se entienda su sentido, es que no aclara, de manera concreta, cuáles son aquellos aspectos que reconoce como más lesivos a pesar de que enumera una serie de instituciones a modificar.

Pero, por una parte, se alude a una serie de ellas que no son fruto de la reforma laboral del año 2012. Pongamos algún ejemplo claro: el despido por absentismo, no es resultado de esa reforma (aunque se retocó en la misma: “más lesivo” en su redacción por el RDL 3/2012 y suavizado por la Ley 3/2012), sino una institución que ya se había convertido en clásica. Y aquí, no entramos tampoco a discutir si era mejor o peor, pero lo que no puede hacerse es calificarse como lo que no es y no era, estrictamente, una institución de la reforma del 2012 —vid. diversos estudios de Gómez Salado al respecto, entre otros, “El absentismo laboral como causa del despido objetivo: puntos críticos en la redacción del artículo 52 D) del Estatuto de los Trabajadores”—. Cuestión distinta es que nos parezca o no acertada su derogación o cambio. Además, dada la escasa incidencia de su uso —aunque ello no debe medirse en términos estrictamente cuantitativos ni mucho menos—, no parece que sea uno de los aspectos más lesivos —desde luego de la reforma de 2012 no era—, más aún si lo comparamos con un pariente cercano suyo y al que sí se puede calificar sin ambages como uno —o el que más— de los aspectos lesivos, desde el punto de vista social, de la reforma laboral de 2012: la regulación del despido colectivo. E incluso otros aspectos relativos a la extinción. Pero la trascendencia y la utilización de los EREs, tanto la que ha tenido desde entonces como la que se augura que va a tener, lo sitúan en un primer escalafón. Sin embargo, en ningún documento se identifica como uno de los elementos a modificar por esta contrarreforma.

Y sí aparecen, por el contrario, como los de la primera *andada* los relativos a la negociación colectiva. Instrumentos que sí se pueden interpretar como menos favorables para los trabajadores en sus actuales términos respecto regulaciones anteriores, pero a lo que debemos introducir matices. En primer término, nada tenemos que decir respecto al denominado descuelgue convencional. Su redacción en 2012 es, en los términos que se utilizan, más lesivo desde el punto de vista social. Pero, cuando se habla de la prioridad aplicativa de los convenios de empresa —que están provocando, eso sí, prácticas no recomendables como la conocida como “reclamación de las Kellys” (camareras de piso en régimen de externalización)—, con una utilización menos frecuente que la que se le presupone —fruto, sin duda, de que entre los negociadores pueden coincidir organizaciones que ya están en el ámbito sectorial y actúan como parapeto—, no debemos obviar que su regulación es resultado, esencialmente de la reforma de 2011 (Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio), aunque con la diferencia esencial de que entonces dependía de lo que pudieran decir los Acuerdos Marco. Y este dato es muy importante, porque a la par de señalar de que es fruto de una reforma anterior, derogar la reforma de 2012, no eliminaría esta figura ni esta posibilidad. Por último, para no extender demasiado estas reflexiones, podríamos referirnos a la ultraactividad, pero esto sería iniciar un artículo nuevo y exclusivo para ello. Solo advertir una cosa: esto de la ultraactividad tiene mucho —no ahora, sino desde siempre— de “bombo y platillo” y ello por varios motivos: a) porque lo previsto en la ley tiene carácter supletorio a lo que se pacte en la negociación colectiva; b) porque la ultraactividad es una

institución extraordinaria que mantiene la vigencia de un convenio en tanto está abierto el proceso de negociación, de manera que, si éste decae, decae también la aplicación del convenio extendido temporalmente, de manera que la doctrina judicial anterior a la propia reforma laboral de 2012 ya planteaba como solución la aplicación del convenio colectivo de ámbito superior —es especialmente interesante, por recoger la solución que se plantea respecto a la normativa anterior a la reforma laboral del año 2012, la STS de 20 junio 2012 (RJ\2012\6844), que distingue dos posibilidades: el acuerdo entre las partes para la aplicación de un convenio colectivo de ámbito superior o, en su defecto, la aplicación automática del mismo cuando se agota el proceso negocial y no es posible el acuerdo final (a la misma solución llega también la STS de 10 diciembre 2012 [RJ\2013\1754])—.

Que hay que hacer cambios respecto a la ultraactividad, no se puede estar más de acuerdo, porque hay situaciones que no están previstas por el legislador —p. ej. si no hay convenio colectivo de ámbito superior—, o que es mejorable, pero no podemos coincidir en que sea uno de los aspectos más lesivos de la reforma laboral de 2012, no en esos términos literales.

Al margen de estas medidas se incluyen, en los diferentes documentos, referencias a la prioridad que tiene realizar cambios sobre las Modificaciones Sustanciales de las Condiciones de Trabajo (MSCT) o los efectos de la subcontratación del art. 42 ET, pero atribuir todo ello a la reforma de 2012 es darle a ésta una dimensión aún mayor de la que ya tuvo.

Y ello nos permite enlazar con la siguiente de las cuestiones que se planteaban. La relativa a la posible derogación de la reiterada reforma de 2012. A la par de que no es técnicamente sostenible —por las disfunciones que se generarían—, tampoco se conseguiría el efecto que se publicita, por cuanto que la última reforma laboral es el resultado de un proceso flexibilizador que se intensificó especialmente en 2010, 2011 y 2012 (de hecho, en el 2011 se hicieron los cambios más relevantes en la negociación colectiva en más de 30 años). Y es que, parte de las instituciones que se pretenden modificar o eliminar, como hemos afirmado, no son obra de la última reforma o ésta sólo los retoca. Por ejemplo, ¿qué hacemos con las MSCT y con la subcontratación?

Esta realidad se refleja en la diferencia de planteamientos entre los Ministerios que tienen competencia en esta materia.

Conocidos son algunos desencuentros entre ministros en el Gobierno de coalición por distintas cuestiones —algunas de índole social— y aquí, de momento, respecto al enfoque de la reforma, hay discrepancias claras entre los Ministerios de Economía y de Trabajo.

Así, frente a una postura más beligerante frente a la normativa vigente de la ministra Yolanda Díaz, existe una más moderada por parte de la ministra Calviño. Ésta última, de hecho, coincidiendo en determinados cambios propuestos como más urgentes con su compañera de gabinete, quizás mirando más a Europa, plantea una nueva reforma “sin mirar al pasado” y que responda a las necesidades de la España de hoy. En este contexto, coinciden en señalar un horizonte de un nuevo Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI, pero, de momento, no tienen la misma hoja de ruta.

Sea como sea, se tiene el convencimiento de realizar una reforma que esté basada en el diálogo social (tercer interrogante). Idea que, sin duda, es de extraordinario interés en la situación en la que nos encontramos. Pero idea que, al mismo tiempo, requiere un consenso interno en el Gobierno. Siendo

este el primer paso, puede entenderse que, a pesar de las dificultades, podría resultar más fácil que conseguir el acuerdo entre los agentes sociales. No porque no existan precedentes en los últimos tiempos (SMI), sino porque en las circunstancias actuales de crisis y pandemia todo es más complejo.

De hecho, el primer desencuentro ya se ha producido y mientras sindicatos y Ministerio de Trabajo quiere dar continuidad a lo que ya se avanzó hace un año, relativo a la negociación colectiva, la patronal alega que las circunstancias son extraordinarias y son las que deben modular el desarrollo del diálogo social y los eventuales acuerdos de reforma laboral. Y más aún, si la reforma laboral flexibilizaba a favor de las empresas para hacer frente a una crisis, no quiere renunciar a instrumentos que consideran útiles para ellos cuando otra crisis de dimensiones todavía no cuantificada, parece que no remite.

Pasados 9 años desde aquella controvertida reforma laboral de 2012, con sus virtudes y defectos alegados por diferentes partes, con las críticas y reflexiones doctrinales sobre la misma, existe el convencimiento de la necesidad de cambios respecto no solo aquella, sino de nuestra normativa laboral. Pero... ¿Cómo se va a hacer? ¿Cuál va a ser su alcance? ¿es el momento idóneo? ¿se conseguirá hacer por consenso? Estaremos atentos, los próximos meses serán muy interesantes...

Francisco Vila Tierno

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga

Esta revista se conforma en el marco de las siguientes acciones investigadoras:

- Proyecto de Investigación en Programa Estatal de I+D+i «Retos Investigación» Orientada a los Retos de la Sociedad, RTI2018-094696-B-I00, titulado RETOS, REFORMAS Y FINANCIACION DEL SISTEMA DE PENSIONES: ¿SOSTENIBILIDAD VERSUS SUFICIENCIA?
- Proyecto P18-RT-2585 “Los mayores en el contexto del empleo y la protección social: un reto para el crecimiento y desarrollo económico. Un análisis de la realidad andaluza”; concesión de ayudas a proyectos de I+D+i, destinadas a las universidades y entidades públicas de investigación calificadas como agentes del Sistema Andaluz del Conocimiento, en el ámbito del Plan Andaluz de Investigación, Desarrollo e Innovación (PAIDI 2020). Convocatoria 2018
- Proyecto de Investigación “LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Y EL IMPACTO EN EL ÁMBITO LABORAL Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL: EL IMPACTO SOCIO-ECONÓMICO DE LA ECONOMÍA DIGITAL”, del Programa de Investigación de la Junta de Andalucía, con financiación con fondos FEDER, Ref. UMA18 FEDERJA 028
- Grupo de Investigación de la Junta de Andalucía (SEJ 347), Políticas de Empleo, Igualdad e Inserción social (PAIDI)



ESTUDIOS DOCTRINALES

REJLSS

REJLSS

Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social
abril 2021 - núm 2 ISSN-e 2660-437X

VIGILANCIA Y CONTROL DE LA SALUD MENTAL DE LOS TRABAJADORES*. Aspectos preventivos y reparadores

SURVEILLANCE AND MONITORING OF WORKERS' MENTAL HEALTH:
Preventive and restorative aspects

Susana Rodríguez Escanciano

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

srode@unileon.es ORCID [0000-0001-5910-2982](https://orcid.org/0000-0001-5910-2982)

Recepción de trabajo: 31-01-2021 - Aceptación: 06-04-2021

■ 1. RIESGOS PSICOSOCIALES: UNA DOLENCIA EN ALZA. ■ 2. DIGITALIZACIÓN DE LOS PROCESOS PRODUCTIVOS E INESTABILIDAD EMOCIONAL. ■ 3. PRINCIPALES TECNOESTRESORES. ■ 4. ESBOZO DE MEDIDAS PROFILÁCTICAS. ■ 5. RECONOCIMIENTOS MÉDICOS PREVENTIVOS. 5.1. Práctica de los exámenes facultativos. 5.1.1. Consentimiento del afectado. 5.1.2. Supuestos obligatorios. 5.2. Tratamiento empresarial de datos de salud. ■ 6. LA REPARACIÓN DE LAS DOLENCIAS: PROBLEMAS DE INFRADIAGNÓSTICO O, SU ENVÉS, LAS POSIBLES SIMULACIONES. 6.1. La consideración mayoritaria de las dolencias psicológicas como afecciones de etiología "común". 6.2. El lado oscuro: algunos supuestos de fraude. 6.2.1. La inexistencia de pruebas clínicas objetivas. 6.2.2. El escaso margen de actuación del empresario. 6.2.2.1. La propuesta de revisiones médicas a la luz del artículo 20.4 del Estatuto de los Trabajadores. 6.2.2.2. Despido por transgresión de la buena fe contractual: dificultades de prueba. ■ 7. CONCLUSIÓN. ■ 8. BIBLIOGRAFÍA.

* Este estudio se enmarca dentro del Proyecto de Investigación titulado "Nuevos lugares, distintos tiempos y modos diverso de trabajar: innovación tecnológica y cambios en el ordenamiento social", dentro del Subproyecto 1 vinculado a la Universidad de León "Nuevos horizontes para el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante el desafío tecnológico" (DER2017-82182-C3-1-R).

RESUMEN

La delgada y vulnerable línea del bienestar emocional, tan amenazada en la civilización moderna, queda especialmente sometida al riesgo no sólo en situaciones límite sino también en contextos más cotidianos singularmente propicios, tal y como sucede con el ámbito laboral, paradigmático contexto de exposición, sobre todo bajo las coordenadas productivas actuales marcadas por una acusada "infotecnificación" y una profunda crisis sanitaria, económica y social a raíz de la pandemia por covid-19 y sus continuos rebotes. Con las miras puestas en un modelo decente de seguridad y salud laboral, es necesario diseñar una gestión preventiva integral de las dolencias psicosociales, que aglutine un adecuado desarrollo de reconocimientos médicos capaces de detectar enfermedades en estado latente evitando episodios futuros.

PALABRAS CLAVE: digitalización, trabajo, riesgos psicosociales, estrés, ansiedad, reconocimientos médicos.

ABSTRACT

The thin and vulnerable line of emotional wellbeing, so threatened in modern civilisation, is particularly at risk not only in extreme situations but also in more everyday contexts that are particularly favourable, such as the workplace, a paradigmatic context of exposure, especially in the current productive context marked by a large infotecnification and a substantial health, economic and social crisis in the wake of the covid-19 pandemic and its continuous outbreaks. With a view to a decent model of occupational health and safety, it is necessary to design a comprehensive preventive management of psychosocial illnesses, which includes the appropriate development of medical examinations in order to detecting latent diseases and preventing future worsening.

KEYWORDS: digitalisation, work, psychosocial risks, stress, anxiety, medical check-ups.

1. RIESGOS PSICOSOCIALES: UNA DOLENCIA EN ALZA

Hay datos, por sí solos, capaces de sacudir la conciencia social: cada año más de un millón de personas reciben atención sanitaria por problemas relacionados con la salud mental (depresión, estrés postraumático, ansiedad, pánico, agorafobia, trastornos de la personalidad, neurosis, fobia social, manía, deficiencias del comportamiento alimentario...). La delgada y vulnerable línea del bienestar emocional, tan amenazada en la civilización moderna, queda especialmente sometida al riesgo no sólo en situaciones límite sino también en contextos más cotidianos singularmente propicios, tal y como sucede con el ámbito laboral, paradigmático contexto de exposición¹, sobre todo en el contexto productivo actual marcado por una acusada infotecnificación y una marcada crisis sanitaria, económica y social a raíz de la pandemia por covid-19 y sus continuos rebrotes.

No hay que olvidar que el trabajo presenta un significado muy superior a la mera obtención de ingresos económicos, convirtiéndose en una fuente muy importante de identidad², que, si trunca los anhelos de autoestima y realización inherentes a cualquier persona, podrá acabar desencadenando graves secuelas mentales en el individuo³. Sin duda, la ocupación remunerada da sentido a la vida de la inmensa mayoría de las personas y es el punto central de su valoración individual y social, constituyendo —en opinión prácticamente unánime— el “epicentro de la actividad humana”⁴.

Cuando en los últimos años se habla de enfermedades laborales emergentes resulta obligada la mención a los riesgos psíquicos, que siempre han existido pero que se ven sometidos a un agravamiento en su incidencia y magnitud en las últimas décadas ante el uso generalizado de las nuevas tecnologías en los procesos productivos, encontrando su principal manifestación en patologías asociadas al estrés, llegando a afectar a uno de cada tres trabajadores⁵. Lejos de ser un riesgo “moderno” (pues tal adjetivo únicamente podrá ser aplicado a alguna de sus expresiones más “sofisticadas”), su actualidad viene dada por dos datos fundamentales: de un lado, el esfuerzo científico, también desde el punto de vista jurídico, por rescatarlo de la zona de penumbra donde

1 RIVAS VALLEJO, P.: *La prevención de los riesgos laborales de carácter psicosocial*, Granada (Comares), 2009, pág. XIII.

2 ORÓS MURUZÁBAL, M.: “Riesgos psicosociales”, en AA.VV (RIVAS VALLEJO, P., Dir): *Tratado médico-legal sobre incapacidades laborales. La incapacidad permanente desde el punto de vista médico jurídico*, Cizur Menor (Aranzadi Thomson), 2006, pág. 638.

3 PEIRÓ, J.M.: *Desencadenantes del estrés laboral*, Madrid (Pirámide), 2000, pág. 7.

4 RODRÍGUEZ MARÍN, J.: “Prólogo”, a la obra de MARTÍNEZ SELVA, J.M.: *Estrés laboral. Guía práctica para empresarios y empleados*, Madrid (Prentice Hall), 2004, pág. XII.

5 El 70 por 100 de las dolencias de naturaleza psíquica o física de carácter psicosomático padecidas por los trabajadores que terminan en incapacidad temporal derivan del estrés. European Foundation for the improvement of Living and Working Conditions (Eurofound), 2017. Como señala el VIII Informe Adecco sobre absentismo la ansiedad y el estrés son los dos factores principales de las ausencias al trabajo. <https://www.adecco.institute.es/wp-content/uploads/2019/06/VIII-Informe-Absentismo.pdf>

estaba confinado⁶; de otro, al ponerse de relieve cómo las diferencias entre los trastornos físicos y psíquicos⁷ son, en muchas ocasiones, más aparentes que reales y, en todo caso, provocan los mismos o parecidos síntomas, al punto de demandar un tratamiento uniforme⁸, sobre todo cuando los problemas de salud mental acaban casi siempre somatizándose⁹. Como con gráfica expresión se ha indicado, las organizaciones del trabajo son cada vez más estresantes, produciendo personas agotadas con “almas quemadas” y “corazones infartados”¹⁰.

2. DIGITALIZACIÓN DE LOS PROCESOS PRODUCTIVOS E INESTABILIDAD EMOCIONAL

Aun cuando su origen se remonta a tiempos pretéritos, lo cierto es que tales riesgos psicosociales aparecen como un problema de salud laboral de primera magnitud en el actual contexto productivo caracterizado por la revolución infotecnológica, siendo imprescindible, sin caer en una postura negacionista al avance, diseñar los instrumentos pertinentes para minimizar, en lo posible, los impactos para el bienestar de los trabajadores amenazados como consecuencia de una actividad laboral¹¹, que genera, sin ánimo exhaustivo, aislamiento, incrementa el ritmo de trabajo, desencadena angustia por la automatización de puestos y por temor a la pérdida del empleo, provoca una mayor presión, ocasiona un aumento del control de la productividad, conlleva más posibilidades de violencia y acoso y elimina la disolución de los límites entre el tiempo de trabajo y de descanso, esto es, entre lo laboral y lo extralaboral¹².

-
- 6 MARTÍN CHAPARRO, M^a P.; VERA MARTÍNEZ, J. J.; CANO LOZANO, M^a C. y MOLINA NAVARRETE, C.: “Nuevos retos de las políticas de salud laboral en las organizaciones de trabajo: una aproximación al estrés laboral y al *burn out* en clave psicosocial”, *Temas Laborales*, núm. 75, 2004, pág. 193 y MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: “Reflexiones en torno al Acuerdo Marco Europeo sobre el estrés en el trabajo”, *Aranzadi Social*, núm. 22, 2005, pág. 78.
 - 7 RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Las enfermedades del trabajo”, *Relaciones Laborales*, T. II, 1995, pág. 22.
 - 8 VALLEJO DACOSTA, R.: *Riesgos psicosociales: prevención, reparación y tutela sancionadora*, Cizur Menor (Aranzadi Thomson), 2005, pág. 15.
 - 9 Por extenso, Nota Técnica de Prevención del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (NTP) 604: *Riesgo psicosocial: el modelo demanda-control-apoyo social (II)*, 2003 (VEGA MARTÍNEZ, S.). En definitiva, junto a los trastornos psíquicos pueden aparecer consecuencias físicas derivadas de los riesgos psicosociales, habida cuenta éstos terminan viéndose reflejados en el cuerpo humano, transformados en dolencias o incapacidades físicas, SEMPERE NAVARRO, A.V.: “El estrés laboral como accidente de trabajo”, *Aranzadi Social*, núm. 20, 2000, pág. 47 y MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: *Las enfermedades del trabajo*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2002, pág. 172.
 - 10 MOLINA NAVARRETE, C.: “Redescubriendo el lado humano de los riesgos globales y su proyección en la actualidad jurídico-laboral: cuidar cabeza y corazones sin descuidar carteras”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núms. 437-438, 2019, pág. 7.
 - 11 VALLEJO DACOSTA, R.: *Riesgos psicosociales: prevención reparación y tutela sancionadora*, Pamplona (Aranzadi), 2005, págs. 13 y ss.
 - 12 MIÑARRO YANINI, M.: “La incidencia de las tecnologías de la información y de la comunicación en la seguridad y salud en el trabajo. Protección de datos y prevención de riesgos. Violencia tecnológica en el trabajo. Medios de prevención”, *Documentación Laboral*, núm. 119, 2020, vol. 1, pág. 17.

Importante será, en consecuencia, alertar sobre estos singulares riesgos para la salud, tomando en consideración las actuales condiciones de prestación de servicios¹³, donde la tecnología (su uso y difusión) ha cambiado (y seguirá haciéndolo) los modos y maneras de trabajar, máxime cuando, además de las innovaciones técnicas, la crisis (sanitaria, social y económica) provocada por el COVID19 ha modificado decisivamente la perspectiva de la posibilidad de prestación laboral sin coincidencia en el mismo espacio físico, ni entre trabajadores ni con su empleador¹⁴.

La literatura existente sobre el particular había venido mostrando cómo la existencia de tales dolencias psicológicas resultaba estadísticamente mayor en algunos sectores y en ciertas actividades (Administración pública, banca, docencia...), por las propias características inherentes a tales profesiones, si bien en el momento presente no es posible obviar que ahora cualquier ámbito funcional es susceptible de albergar situaciones en las que concurren riesgos psicosociales, lo que hace del fenómeno de estudio una cuestión escurridiza y difícil de aquilatar, máxime cuando la gestación y subsiguiente materialización del riesgo es debida a múltiples factores: desde los medios concretos utilizados en el proceso productivo marcado por los avances tecnológicos hasta las circunstancias de la actividad, mostrando también un importante peso específico las características personales de los sujetos involucrados¹⁵.

No obstante esta amplia exposición objetiva (surgen en cualquier organización productiva sea de mayor o menor dimensión) y la universalidad subjetiva inherente (pueden afectar potencialmente a cualquier persona independientemente de su concreta actividad profesional), no deben empañar las miras hacia un modelo decente de seguridad y salud laboral, acompañado de un bienestar integral en el lugar de trabajo, que pasa ineludiblemente por la adecuada identificación de los riesgos psicosociales, su evaluación y prevención¹⁶.

3. PRINCIPALES TECNOESTRESORES

El incremento del estrés laboral provocado por la implantación de nuevas tecnologías está bien estudiado¹⁷ y exige la consideración de demandas de carácter no técnico referidas a la

13 MARTÍN CHAPARRO, M.P.; VERA MARTÍNEZ, J.J.; CANO LOZANO, M.C. y MOLINA NAVARRETE, C.: "Nuevos retos de las políticas de salud laboral en las organizaciones de trabajo: una aproximación al estrés laboral y al 'burnout' en clave psicosocial", cit., 197.

14 SEMPERE NAVARRO, A.V.: "La pandemia del covid-19 conmociona las relaciones laborales", *Revista Española de derecho del Trabajo*, núm. 231, 2020, págs. 15-18.

15 ORÓS MURUZÁBAL, M.: "Riesgos psicosociales", en AA.VV (RIVAS VALLEJO, P., Dir): *Tratado médico legal sobre incapacidades laborales*, Pamplona (Aranzadi), 2006, pág. 638.

16 MACÍAS GARCÍA, M.C.: "El modelo decente de seguridad y salud laboral. Estrés y tecnoestrés derivados de riesgos psicosociales como nueva forma de siniestralidad laboral", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Volumen 7, núm. 4, 2019, pág. 67.

17 HUNG, W.S. et al: *Managing the risk of overusing mobile phones in the working environment: a study of ubiquitous techno-stress*, *PACIS 2011 Precedings Paper*, núm. 81, 2011.

VIGILANCIA Y CONTROL DE LA SALUD MENTAL DE LOS TRABAJADORES

humanización de la tecnología capaz de atender la observancia del derecho a la calidad de vida de las personas trabajadoras¹⁸.

Como con acierto se ha señalado, con las innovaciones técnicas aparecen cuantiosos “estresores mentales” y crece la “tensión psicológica”¹⁹. Los impactos psicosociales del nuevo entorno empresarial giran alrededor de tres bloques de circunstancias: relacionadas con el puesto (crece el nivel de saturación experimentado por los empleados y el ritmo de trabajo); con el rol profesional, las relaciones sociales y las posibilidades de promoción (aumenta el número de tareas y funciones que asume el trabajador, así como la movilidad y la polivalencia, pero se reducen las posibilidades de avanzar en la carrera profesional, al tiempo que se incrementa el aislamiento); y con la organización y el clima laboral (pérdida de empleo, aumento de la flexibilidad e incremento de la temporalidad y la inestabilidad en los puestos de trabajo).

En similares términos, entre los factores de riesgo psíquico propios del trabajo 4.0, edificado sobre lo digital, el listado deviene interminable: la fragmentación del trabajo, la prolongación de la jornada, la intensificación de la carga mental, el aislamiento, la inestabilidad, la precariedad, la flexibilización, la telesubordinación asociada a los nuevos sistemas de supervisión, la demanda de una constante recualificación, la necesidad de resolución de problemas no siempre bien definidos, la continua conectividad, la intensificación del ritmo de trabajo, la fragmentación de la actividad, la adaptación permanente a la evolución de la nueva tecnología, las incertidumbres ante la gestión del trabajo de las personas mediante algoritmos, caídas de red, ciberataques, hostigamientos, etc²⁰. Todo ello agrandado por la proliferación de vías espurias de prestación de servicios laborales al margen del nexo contractual al que se refiere el art. 1.1 ET y la inseguridad constante ante “el desempleo como espada de Damocles”²¹.

La automatización digital conlleva un modelo de negocio basado en la optimización del rendimiento: hacer y servir todo lo más pronto (antes que nadie), lo más barato (precio más reducido que nadie —low cost—), y lo más rápido (con mayor celeridad que nadie). El ser humano, en su conjunto, se convierte en una “máquina del rendimiento”. Pero, a diferencia de lo que sucedería con las genuinas máquinas (aunque estas también ven agotarse cada vez más pronto su tiempo útil, con la llamada obsolescencia programada), tiene un “lado oscuro”, un reverso tenebroso tendente a rendir al máximo,

18 ARRUGA SEGURA, M.C.: *La transformación digital en las relaciones laborales y en la organización del trabajo*, Madrid (La Ley), 2020, pág. 95.

19 AGRA VIFORCOS, B.: “Robotización y digitalización. Implicaciones en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo”, en VV.VV. (QUINTANA LÓPEZ T., Dir.): *Proyección transversal de la sostenibilidad en Castilla y León. Varias perspectivas*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2019, pág. 450, autora a quien se sigue en la presente exposición.

20 Nota Técnica de Prevención (NTP) 1122: *Las tecnologías de la información y la comunicación I: nuevas formas de organización del trabajo*, 2018 ó NTP 1123: *Las tecnologías de la información y la comunicación II: factores de riesgos psicosocial asociados a las nuevas formas de organización del trabajo*, 2018. También, EU-OSHA: EU-OSHA: Foresight on new and emerging occupational safety and health risks associated with digitalisation by 2025, 2018. <https://osha.europa.eu/en/publications/foresight-new-and-emerging-occupational-safety-and-health-risks-associated/view>

21 ARTAZCOZ, L.I. et alii: “Unemployment and mental health: understanding the interactions among gender, family roles and social class”, *American Journal of Public Health*, núm. 94, 2004, págs. 82-88 y WARR, P.: *Work, unemployment and mental health*, Oxford (Clarendon Press), 1987, págs. 33 y ss.

VIGILANCIA Y CONTROL DE LA SALUD MENTAL DE LOS TRABAJADORES

lo cual produce un cansancio y agotamiento crónicos, cuantiosos trastornos adaptativos y aguda ansiedad²², circunstancias asociadas al estrés o, mejor, al “tecnoestrés”²³, dentro del cual encuentran cabida distintas realidades entre las que destaca:

En primer lugar, la “tecnoadicción” o compulsión a utilizar las TICs en todo momento y a estar siempre al día con los avances, generando una auténtica dependencia²⁴.

En segundo término, la “tecnoansiedad”, donde la persona experimenta altos niveles de activación fisiológica no placentera, a modo de tensión y malestar, frente al uso de las TICs... que lleva a pensamientos negativos sobre tales instrumentos y sobre su propia capacidad y competencias y un manifiesto temor a la pérdida del empleo.

En tercer lugar, la “tecnofobia”, que se manifiesta en una resistencia a hablar e incluso pensar sobre tecnología, generando una alarma o ansiedad ante ella y pensamientos hostiles al respecto²⁵.

En cuarto lugar, la “tecnofatiga” o agotamiento mental y cognitivo consecuencia del uso de las herramientas informáticas, cuya manifestación más extrema es el síndrome de “data smog”, causado por la sobrecarga de datos manejados al utilizar internet²⁶.

En quinto lugar, la “tecnoinvasión”, derivada de una motorización constante, sea en orden a la localización y supervisión de la prestación laboral, sea en la extensión de la disponibilidad del trabajador, compelido a estar conectado a los dispositivos digitales empleados en la actividad laboral²⁷.

22 MOLINA NAVARRETE, C.: “La salud psicosocial, una condición de trabajo decente: el neotaylorismo digital en clave de pérdida de bienestar”, en AA.VV (CORREA CARRASCO, . y QUINTERO LIMA, M.G., Coords.): *Los nuevos retos del trabajo decente: la salud mental y los riesgos psicosociales*, Madrid (Universidad Carlos III), 2020, págs. 11 y 17.

23 NTP 730: *Concepto, medida e intervención psicosocial*, 2007.

24 La Estrategia Nacional de Adicciones (AENA 2017-2024), aun reconociendo que no hay suficiente consenso en la comunidad científica sobre la calificación técnica de la adicción respecto de las denominadas “adicciones conductuales”, lanza una clara alerta sobre ellas al afirmar que el uso compulsivo y/o abusivo de las nuevas tecnologías “presenta analogías con las adicciones a sustancias similares a las que se observan en el juego patológico”. MIÑARRO YANINI, M.: “El sistema de prevención de riesgos laborales como garantía de efectividad del derecho a la desconexión digital”, en AA.VV (RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y TODOLÍ SIGNES, A., Dirs.): *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*, Pamplona (Aranzadi), 2020, pág. 579. En la doctrina judicial, STSJ Baleares 27 noviembre 2020 (núm. 431/2020), que declara el despido procedente de una trabajadora que se conectó 260 veces a internet en el trabajo.

25 Cabe distinguir tres categorías: a) los usuarios incómodos: son quienes no dominan las nuevas tecnologías; las usan, pero no están cómodos al hacerlo; b) los tecnofóbicos cognitivos: las utilizan pero con temor, pues sienten que no están del todo capacitados; c) los tecnofóbicos ansiosos: grupo patológico, en tanto la persona experimenta un miedo irracional hacia el uso de las nuevas tecnologías. WEIL, M.M. y ROSEN, L.: *Technostress: Coping with technology work home play*, Los Ángeles (J. Willey), 1997.

26 RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “La promoción de la salud mental de los trabajadores ante la tecnificación de los procesos productivos: apunte sobre cuestiones pendientes”, *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*, núm. 22, 2020, pág. 39 y ss.

27 IGARTÚA MIRÓ, M.T.: “Digitalización, motorización y protección de la salud: más allá de la fatiga informática”, en AA.VV (RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y TODOLÍ SIGNES, A., Dirs.): *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*, Pamplona (Aranzadi), 2020, pág. 620.

Ello sin olvidar tampoco otras tres manifestaciones particulares como pueden ser: “locura multitarea” (*multitasking madness*), relativa a la imposibilidad de la mente humana a la hora de seguir el ritmo de los ordenadores capaces de ejecutar numerosas tareas a la vez; “problemas informáticos” (*computer hassles*), causados por la lentitud y averías del sistema, la cantidad de mensajes electrónicos recibidos, incluidos spam, informaciones fraudulentas y anuncios (pop-ups), virus y pérdida de ficheros o agotamiento emocional (*burnout technological*), consecuencia de un cúmulo de demasiada presión y pocos motivos de satisfacción.

4. ESBOZO DE MEDIDAS PROFILÁCTICAS

Cualquiera de estas incidencias puede ser el producto de un defectuoso reparto del trabajo, de una deficiente utilización de los recursos materiales por parte de la empresa o de una carencia de medios personales para hacer frente a los cometidos requeridos²⁸. Un trabajo será más estresante cuanto más se acerque al siguiente modelo: muchas exigencias profesionales, tanto cuantitativas (sobrecarga de tareas) como cualitativas (trabajo emocional que conlleva esconder sentimientos o a la realización de un gran esfuerzo intelectual o sensorial); poca intervención del asalariado sobre la propia labor o infrautilización de sus cualidades²⁹, es decir, mínimo margen de decisiones sobre el qué, cómo, cuándo, quién y cuánto se lleva a cabo la labor; falta de diseño claro en las funciones³⁰; sometimiento a “hipovigilancia” o “control capilar” (minuto a minuto) sobre la persona del propio trabajador y no sobre el resultado final de su esfuerzo productivo³¹; falta de apoyo social por parte de la organización productiva o de los compañeros; ausencia de compensaciones (realización de tareas por debajo de la propia cualificación, trato injusto, cambios no deseados, escuetas retribuciones...); carencia de participación en la toma de decisiones; deficientes relaciones con superiores, subordinados o compañeros de trabajo; sufrimiento de episodios de violencia o acoso vinculados con el trabajo por el mal uso de las redes sociales; deficiente capacidad subjetiva para afrontar tales factores exógenos, no en vano en muchos casos la propia personalidad del individuo actúa también como detonante,

28 VELÁQUEZ FERNÁNDEZ, M.: *Impacto laboral del estrés*, Madrid (Lettera), 2005, pág. 25.

29 NTP 318: *El estrés: proceso de generación en el ámbito laboral*, 1993 (MARTÍN DAZA, F.); NTP 443: *Factores psicosociales: metodología de evaluación*, 1997 (MARTÍN DAZA, F. y PÉREZ BILBAO, J.); NTP 444: *Mejora del contenido del trabajo: rotación, ampliación y enriquecimiento*, 1997 (DE ARQUER, M.I. y ONCINS DE FURTOS, C.); NTP 476: *El hostigamiento psicológico en el trabajo: mobbing*, 1998 (MARTÍN DAZA, F.; PÉREZ BILBAO, J. y LÓPEZ GRACÍA-SILLA, J.A.) ó NTP 703: *El método COPSQQ (ISTAS 21, PSQCAT 21), de evaluación de riesgos psicosociales*, 2006 (MONCADA I LLUÍS, S.; LLORENS SERRANO, C.; KRISTENSEN, T.S. y VEGA MARTÍNEZ, S.).

30 NTP 438: *Prevención del estrés: intervención sobre la organización*, 1997 (MARTÍN DAZA, F. y NOGAREDA CUIXART, C.) ó NTP 604: *Riesgo psicosocial: el modelo demanda-control-social*, 2003 (MARTÍN DAZA, F.).

31 Debiendo añadir a las precedentemente mencionadas, las NTP 445: *Carga mental de trabajo: fatiga*, 1997 (DE ARQUER, M.I.) ó, sobre todo, NTP 730: *Tecnoestrés: concepto, medida e intervención psicosocial*, 2007 (SALANOVA, M.; LLORENS, S.; CIFRÉ, E. y NOGAREDA, C.).

VIGILANCIA Y CONTROL DE LA SALUD MENTAL DE LOS TRABAJADORES

pues un mismo agente puede suponer un riesgo para un operario y no para otro, incluso una misma situación hoy puede resultar estresante y no provocar este efecto en diferente momento de la vida de un sujeto; en fin, y por no hacer más larga una enumeración que resulta interminable, las características extra laborales del individuo (accidentes o enfermedades de parientes próximos, rupturas sentimentales, conflictos en el seno de la familia, carencia de amistades...) ³².

Una vez diagnosticado el problema, se echa en falta un adecuado pronóstico, es decir, una gestión preventiva integral de los riesgos psicosociales, pese a que formalmente, merced a la doctrina constitucional, la protección eficaz de la salud de los trabajadores como eje central de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), incluye la protección y tutela frente a estos agentes ³³, premisa reiterada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ³⁴, y por el Tribunal Supremo español ³⁵.

No obstante esta carencia, un avance importante ha dado la propia Organización Mundial de la Salud que ha reconocido oficialmente el “burnout” como enfermedad derivada del contexto laboral tras la ratificación de la revisión número 11 de la Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas de Salud Conexos (CIE-11), cuya entrada en vigor se ha producido el 1 de enero de 2020, definiendo tal enfermedad como “el agotamiento físico y mental generalizado a todos los niveles de salud, con fatiga, aumento de peso o pérdida de apetito, alteraciones psicósomáticas como dolores musculares, migrañas y problemas gastrointestinales, así como depresión o insomnio vinculados al estrés y la ansiedad, acompañados de despersonalización y cinismo, que se manifiesta con una actitud de indiferencia y desapego que reduce su compromiso hacia el trabajo, aumentando su irritabilidad y endureciendo el trato con compañeros y clientes, lo que se percibe fácilmente tanto en el entorno laboral como en el familiar” ³⁶.

Con todo, aunque este ha sido un avance de gigante y también lo ha sido el reconocimiento y garantía al máximo nivel jurídico del derecho al disfrute del bienestar biopsicosocial de la mano del art. 31 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así como de la postura firme de la OIT, que pugna por el reconocimiento de la salud en el trabajo en cuanto a equilibrio físico y psíquico como derecho humano fundamental ³⁷, queda mucho por avanzar en una realidad marcada por un

32 AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION: *Manual de diagnóstico y estadística de las enfermedades mentales (DSM-IV)*, 1996.

33 STCo 62/2007, de 27 de marzo.

34 STJUE de 15 de noviembre de 2001, C-49/00.

35 STS 16 febrero 2006 (núm. 101/2016).

36 RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, J.: “El derecho a la desconexión digital”, *Diario La Ley*, núm. 9631, 2020.

37 MOLINA NAVARRETE, C.: “La salud psicosocial, una condición de trabajo decente: el neotaylorismo digital en clave de pérdida de bienestar”, en AAVV (CORREA CARRASCO, . y QUINTERO LIMA, M.G., Coords.): *Los nuevos retos del trabajo decente: la salud mental y los riesgos psicosociales*, Madrid (Universidad Carlos III), 2020, pág. 13.

acusado casuismo, merecedor de una reflexión detenida sobre sus factores desencadenantes y la manera de evitarlos, siempre siendo conscientes de que la pluralidad de figuras aglutinadas bajo la expresión “riesgo psicosocial” hace difícil efectuar un estudio sistemático de las pautas de reacción que ha de adoptar el empresario ante su concurrencia, máxime teniendo en cuenta que cada sector económico tiene sus características, cada organización productiva tiene sus especificidades y cada trabajador tiene una individualidad psicológica y una trayectoria.

Sea como fuere, tal incuestionable diversidad aconseja realizar una reflexión detenida sobre las posibilidades de instrumentar medios preventivos para su tutela, no en vano, tal y como establecen los Convenios núms. 155 y 187 OIT y corroboran las Estrategias Europea y Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2014-2020, el objetivo último a conseguir es el referenciado bajo el lema: “trabajadores sanos en empresas saludables”³⁸, poniendo coto a las enfermedades neuronales propias de la “sociedad del cansancio”³⁹. Elemento esencial es la detección de afecciones latentes o en estado incipiente, evitando episodios futuros⁴⁰.

5. RECONOCIMIENTOS MÉDICOS PREVENTIVOS

Atendiendo a las consecuencias psicológicas nocivas derivadas tanto de un trabajo como de un proceso productivo altamente tecnificados, con manifestación señera, por un lado, en un fallo de los recursos personales derivados de la falta de habilidades, y, por otro, en una auto-ineficacia en el medio, ante una elevada exigencia de tareas o, en su envés, una excesiva fragmentación, acompañadas de un asfixiante control⁴¹ y una amenaza constante de posible pérdida del puesto de trabajo, es necesario desplegar un esfuerzo preventivo por parte de las empresas, que no puede ser percibido como un coste a corto plazo sino como una inversión *ad futurum*, no en vano la búsqueda de objetivos financieros ambiciosos no es incompatible con la promoción del bienestar de los trabajadores; antes al contrario, aquella organización del trabajo capaz de promover la salud mental de los trabajadores implica efectos beneficiosos en la supervivencia, rentabilidad e imagen y prestigio corporativo.

La posibilidad de sufrir o enfermedades en el marco laboral no podrá estimarse objetivamente si no se poseen métodos seguros que permitan a la empresa determinar la amplitud, gravedad

38 MIÑARRO YANINI, M.: “El sistema de prevención de riesgos laborales como garantía de efectividad del derecho a la desconexión digital”, en AA.VV (RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y TODOLÍ SIGNES, A., Dirs.): *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*, Pamplona (Aranzadi), 2020, pág. 579.

39 ALEMÁN PÁEZ, F.: “El derecho a la desconexión digital”, *Trabajo y Derecho*, núm. 30, 2017, pág. 13.

40 ARAÑA SUÁREZ, S.A. et alii: *Diagnósticos y prescripciones en salud mental, atención primaria e incapacidad laboral temporal*, www.mtin.es.

41 DÍAZ FRANCO, J.J.: “Psicopatología relacionada con alteraciones por quebrantamiento en la organización del trabajo”, en AA.VV (COLLANTES, M.P. y MARCOS, J.I., Coords.): *La salud mental de los trabajadores*, Madrid (La Ley), 2012, pág. 150.

y evolución en el tiempo de los diferentes factores que participan en su desencadenamiento, así como adquirir un mejor conocimiento de tales elementos, teniendo en cuenta la naturaleza de la actividad, las características de los puestos y de los propios trabajadores que deban desempeñarlos. Una vez conocidos estos extremos, procede adoptar una actitud proactiva, no meramente reactiva o reparacionista, con el fin diseñar medidas para la eliminación de la nocividad detectada y, como último paso, si ello no fuera del todo posible, optar por una planificación coherente para su reducción⁴², máxime cuando el Acuerdo Europeo sobre Digitalización, de 22 de junio de 2020, partiendo de las ventajas e inconvenientes que presenta la transformación digital en la sociedad y sin desconocer los riesgos existentes, reconoce la necesidad de adoptar medidas que resulten beneficiosas para ambas partes de la relación laboral, haciendo referencia expresa al principio de prevención respecto al ambiente de trabajo sano y seguro⁴³.

Además, en tanto la detección precoz resulta esencial, procede diseñar un adecuado sistema de vigilancia sanitaria del bienestar psíquico de los trabajadores, que no debe plantearse como mero reconocimiento médico formal sino como auténtica herramienta preventiva de doble faz: por un lado, para conocer la incidencia del trabajo en las condiciones psíquicas de los trabajadores; y, por otro, para determinar la capacidad de los asalariados a la hora de enfrentarse a los estresores existentes en su actividad. Se trata, por tanto, de detectar de forma precoz daños mentales derivados del trabajo y de identificar los factores de riesgo con el fin de adoptar medidas preventivas adecuadas y suficientes⁴⁴.

En todo caso, para conseguir elevadas dosis de efectividad, el empresario está obligado a respetar una serie de condicionantes a la hora de implementar la vigilancia de la salud mental en la empresa.

5.1 Práctica de los exámenes facultativos

Es menester recordar que el ordenamiento europeo y español de protección de datos incluyen los extremos relacionados con la salud, sea física sea mental, dentro de los considerados “sensibles”, “especialmente protegidos”, “superpersonales”⁴⁵ o, en la nueva denominación, “pertenecientes a categorías especiales”, si bien la disposición adicional 17ª Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de Derechos Digitales (LOPDyGDD) se remite a la LPRL,

42 Una extensa enumeración en NTP 534: *Carga mental de trabajo: factores*, 1999 y en NTP 659: *Carga mental de trabajo: diseño de tareas*, 2000. FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑOZ, J.: *Prevención de riesgos laborales y empresa: obligaciones y responsabilidades*, Pamplona (Aranzadi), 2019, pág. 66.

43 RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Derechos fundamentales y Derecho del Trabajo en el contexto de la economía digital”, *Revista Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 10, 2020, pág. 1234.

44 POQUET CATALÁ, R.: “Vigilancia de la salud, poder de dirección empresarial y derecho a la intimidad del trabajador. Un triángulo conflictivo”, *Lex Social*, Vol. 10, núm. 1, 2020, pág. 384.

45 TONIATTI, R.: “Libertad informática y derecho a la protección de datos personales: principios de legislación comparada”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 29, 1991, pág. 157.

VIGILANCIA Y CONTROL DE LA SALUD MENTAL DE LOS TRABAJADORES

dentro del catálogo de normas con rango de ley justificativas de un posible tratamiento. A la luz de esta última disposición legal, entre las obligaciones del empresario en materia de seguridad laboral, se encuentra la de garantizar a los trabajadores a su servicio una vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo⁴⁶.

Este deber se lleva a cabo a través de los reconocimientos médicos que permiten, mediante la realización de las indagaciones, las pruebas médicas y los controles biológicos pertinentes, la evaluación del estado de bienestar del trabajador, el conocimiento de sus posibles patologías y su origen y, también, la aplicación de los oportunos remedios en orden a un eventual restablecimiento de su estado óptimo. No obstante, desde la óptica del cumplimiento de la obligación empresarial de proporcionar salud y seguridad en el trabajo, los resultados de los reconocimientos médicos permitirán únicamente planificar y, en su caso, reorientar la actividad preventiva en la empresa, pues carecen de carácter terapéutico⁴⁷.

5.1.1 Consentimiento del afectado

Como regla general, esta vigilancia sólo podrá llevarse a cabo cuando el trabajador preste su consentimiento, tal y como determina el art. 22 LPRL, que respeta las pautas de la Recomendación CM/Rec 2015(5) del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre el tratamiento de datos personales en el contexto del empleo⁴⁸. Por tanto, el asalariado es libre para decidir si quiere o no someterse a los exámenes, debiendo aportar su aquiescencia con carácter previo y ser exteriorizada de alguna forma concluyente su voluntad de someterse a cada concreto tipo de pruebas, exploraciones y analíticas.

Aunque no es imprescindible, porque la LPRL no lo exige, es recomendable que el *placet* se materialice por escrito, admitiendo su revocación en cualquier momento antes del examen⁴⁹. Lógicamente, para que el trabajador pueda emitir su consentimiento libremente, ha de ser

46 GARCÍA SALAS, A.I.: *Necesidades empresariales y derechos fundamentales de los trabajadores*, Lex Nova (Valladolid), 2016, pág. 87.

47 FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑOZ, J.: "Tratamiento y protección de datos de salud del trabajador en el ámbito de la prestación de servicios", en AA.VV (QUINTANA LÓPEZ, T., Dir.): *Proyección transversal de la sostenibilidad en Castilla y León. Varias perspectivas*, Valencia Tirant Lo Blanch), 2020, pág. 482.

48 Que considera que a un empleado o un solicitante de empleo se le puede preguntar acerca de su estado de salud y/o ser examinado médicamente al objeto de: a) comprobar su idoneidad para un empleo presente o futuro; b) cumplir con los requisitos de la medicina preventiva; c) garantizar una rehabilitación adecuada; d) salvaguardar los intereses vitales del sujeto de datos u otros empleados e individuos; e) permitir que se otorguen beneficios sociales; y f) responder a los procedimientos judiciales. Asimismo, entiende que los datos de salud deben estar cubiertos por la obligación de confidencialidad médica y, en consecuencia, solo deben ser accesibles y tratados por personal obligado por reglas de secreto profesional o confidencialidad, debiendo los datos recabados: a) relacionarse directamente con la capacidad del empleado en cuestión para ejercer sus funciones; b) ser necesarios en apoyo de medidas para proteger la salud del empleado; y c) ser precisos para prevenir riesgos a otros. GOÑI SEIN, J.L.: *La nueva regulación europea y española de protección de datos y su aplicación al ámbito de la empresa (incluido el Real Decreto Ley 5/2018)*, Albacete (Bomarzo), 2018, pág. 41.

49 PEDROSA ALQUEZAR, I.: *Vigilancia de la salud de los trabajadores. Aspectos clínicos y jurídicos de los reconocimientos médicos en el trabajo*, Madrid (La Ley), 1999, pág. 98.

informado del contenido y alcance de todos los exámenes que se le van a realizar, de los extremos que con ellos se pretenden obtener y de la utilización que se va a proporcionar, es decir, de todas las circunstancias que le permitan ser consciente, no sólo del alcance de su decisión, sino también de los riesgos y peligros que puede correr de no someterse a la exploración indicada⁵⁰. En todo caso, las pruebas clínicas deben de estar justificadas en función de la actividad concreta desarrollada por el trabajador, considerando excesivas, y, por tanto, no permitidas aquellas que pueden arrojar datos innecesarios al fin preventivo perseguido. Especialmente peligrosos, por su carácter aparentemente objetivo, pueden resultar los test psicotécnicos, solamente permitidos cuando las tareas a desarrollar por el trabajador lo aconsejen, tal y como sucede en supuestos de manejo de armas o vehículos. Estos exámenes, diseñados muchas veces por psicólogos industriales expertos en inteligencia artificial, pueden aportar datos sobre la personalidad del individuo, más allá del análisis del estado de salud⁵¹, de ahí que se trate de instrumentos a observar con cautela, pero muy recomendados en casos justificados. Muy útil es la práctica de cuestionarios con sencillas encuestas o check list, así como la realización de entrevistas personales periódicas con personal médico especializado que permitan la verbalización de los motivos de preocupación, siempre contando con las debidas garantías de confidencialidad⁵².

5.1.2 Supuestos obligatorios

El derecho del trabajador a preservar su intimidad personal cede en los siguientes supuestos en los que el reconocimiento deviene obligatorio:

1. Cuando su realización sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores, debiendo constituir, ante la negativa del sujeto, el único procedimiento para evaluar los riesgos que afecten a la salud del trabajador⁵³.
2. En aras a verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para él mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa. Cabe citar, como ejemplos, que los órganos judiciales han considerado obligatorios los reconocimientos de

50 STCo 196/2004, de 15 de noviembre.

51 CRUZ VILLALÓN, J.: Protección de datos personales del trabajador en el proceso de contratación: facultades y límites a la actuación del empleador, Albacete (Bomarzo), 2019, pág. 53.

52 TODOLÍ SIGNES, A.: "La evaluación de los trabajadores por parte de los clientes (la llamada 'reputación digital' y la prevención de riesgos laborales)", en AA.VV (RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y TODOLÍ SIGNES, A., Dirs.): *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*, Pamplona (Aranzadi), 2020, pág. 483.

53 BLASCO PELLICER, A.: "El deber empresarial de vigilancia de la salud y el derecho a la intimidad del trabajador", *Trabajo y libertades públicas*, Madrid (La Ley), 1999, pág. 261.

VIGILANCIA Y CONTROL DE LA SALUD MENTAL DE LOS TRABAJADORES

vigilantes de seguridad⁵⁴ y escoltas⁵⁵, controladores aéreos⁵⁶, brigadistas rurales de emergencia⁵⁷, conductores de maquinaria de barrido⁵⁸ o empleados de mantenimiento del parque móvil del Estado⁵⁹.

3. Tampoco se aplicará el principio de voluntariedad cuando el reconocimiento esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad. El término disposición legal ha sido interpretado por algunos autores en sentido estricto constreñido a normas con rango formal de ley⁶⁰, mientras otros, la mayoría, se inclinan por una tesis amplia, comprendiendo también las normas reglamentarias, considerando, al tiempo, que los convenios colectivos únicamente pueden asumir una función complementaria respecto de la ley sin que puedan añadir excepciones al principio general de voluntariedad de la vigilancia médica más allá de las previstas en las normas legales o reglamentarias⁶¹. De la misma manera, las disposiciones internas de la empresa tampoco podrán establecer supuestos de obligatoriedad ajenos a los especificados en la ley⁶².
4. Otros sectores del ordenamiento también han previsto una serie de supuestos que deben añadirse, como los indicados en el art. 243 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social (TRLGSS), en virtud del cual todas las empresas que hayan de cubrir puestos de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales están obligadas a practicar un reconocimiento médico previo a la admisión de las personas trabajadoras que hayan de ocupar aquéllos, así como a llevar a cabo reconocimientos periódicos de conformidad con las pautas que apruebe el Ministerio de Trabajo.

La flexibilidad en los términos utilizados en las excepciones al consentimiento puede utilizarse para que el empresario obligue, con las debidas garantías, a los trabajadores a someterse a un

54 STS 7 marzo 2018 (rec. 42/2017).

55 STS 24 abril 2008 (rec. 42/2017).

56 ATCo 272/1998, de 3 de diciembre.

57 STS 10 junio 2015 (rec. 178/2014).

58 STSJ Cataluña 31 marzo 2016 (JUR 2016/155064).

59 STS 21 enero 2019 (rec. 4009/2016).

60 GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*, Madrid (Trotta), 1996, pág. 152.

61 La STS 27 octubre 2010 (RJ 2010, 846) considera que vulneran los principios del derecho a la protección de datos las referencias realizadas en el Convenio Colectivo General de la Construcción relativas a que en la Tarjeta Profesional de la Construcción (gestionada por un órgano que no tiene configuración técnico-sanitaria como es la Fundación Laboral de la Construcción) ha de figurar que el titular ha sido sometido a los reconocimientos médicos, pues ello dificulta contrataciones futuras en un sector marcado por la alta rotación en la mano de obra al permitir distinguir entre quienes aportan información sobre los reconocimientos y los que no lo hacen. BLASCO PELLICER, A.: "El deber de vigilancia de la salud y el derecho a la intimidad del trabajador", cit., pág. 267.

62 ROMERAL HERNÁNDEZ, J.: "Derecho a la intimidad del trabajador y reconocimientos médicos", *Comunicación presentada al XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Pamplona (Aranzadi), 2014, pág. 7.

reconocimiento médico no invasivo para detectar problemas de salud mental, no en vano en muchas ocasiones las personas afectadas por tales patologías desconocen que lo están o se muestran reacias a su exteriorización para su tratamiento terapéutico.

Cuando el reconocimiento médico deviene obligatorio, según el art. 22.1 párrafo 1º LPRL, será necesario contar con el informe previo, preceptivo pero no vinculante de los representantes de los trabajadores⁶³.

La negativa del trabajador a someterse al reconocimiento médico preceptivo comporta una falta disciplinaria que podrá ser sancionada por la dirección de la empresa, pudiendo ser despedido en los casos de reiteración⁶⁴.

El art 22.6 LPRL señala que el reconocimiento médico se llevará a cabo por “personal sanitario con competencia técnica, formación y capacidad acreditada” a la luz de lo previsto en el art. 27.3 Real Decreto 39/1997. Cuando el Servicio de Prevención Propio de la empresa asume la especialidad de medicina del trabajo, realizará las funciones de vigilancia y control del estado de salud de los trabajadores mientras estén contratados por la empresa, debiendo contar para ello, al menos, con el personal sanitario siguiente: a) Un médico especialista en Medicina del Trabajo o un diplomado en Medicina de Empresa; b) Un ATS/DUE de empresa (especialidad de Enfermería del Trabajo); y c) Opcionalmente (no obligatorio), otros profesionales cualificados, como personal sanitario auxiliar. El art. 15.1 Real Decreto 39/1997 exige que este personal sanitario dedique “de forma exclusiva su actividad en la empresa a la finalidad del mismo”.

Dado el auge de las dolencias psíquicas en cualquier ámbito funcional, sería conveniente que estos profesionales adquiriesen formación más específica en la materia al objeto de detectar enfermedades en estado incipiente.

5.2 Tratamiento empresarial de datos de salud

Aun cuando la información clínica aparece calificada expresamente como confidencial a la luz del art. 9 Reglamento Europeo 2016/679 de Protección de Datos (RPS), el empresario y las personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención (delegados de prevención, representantes unitarios o sindicales o comité de seguridad y salud) “serán informados de las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo o con la necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección y prevención, a fin de que puedan desarrollar correctamente sus funciones en materia preventiva”, debiendo, no obstante, respetar expresamente la prohibición absoluta de uso perjudicial de los datos obtenidos en

⁶³ STS 10 junio 2015 (rec. 178/2014)..

⁶⁴ SSTSJ Extremadura 5 febrero 2013 (rec. 605/2012) o Galicia 17 octubre 2019 (rec. 3241/2019)

VIGILANCIA Y CONTROL DE LA SALUD MENTAL DE LOS TRABAJADORES

el reconocimiento a la que se refiere el art. 22.2 LPRL⁶⁵. Ello no impide, empero, que no se consideren dentro de esa categoría vetada aquellas acciones o decisiones del empresario, emprendidas o tomadas como consecuencia de informaciones que revelen “la ineptitud del trabajador, su incompatibilidad por razones de salud o seguridad con el desempeño de su actividad laboral habitual o que el estado de su salud suponga riesgos para otros trabajadores o terceros” (art. 22.1 LPRL)⁶⁶.

El empresario no tiene acceso al conocimiento de las condiciones psico-físicas del trabajador; solamente podrá conocer la aptitud o no del trabajador para el desarrollo de la actividad laboral al objeto de adoptar las medidas preventivas pertinentes, de manera que, como ha señalado el Tribunal Constitucional, la incorporación de datos de salud, incluyendo fechas de baja y alta laboral, el motivo de la baja, los días durante los cuales se prolongó la situación de incapacidad temporal y el diagnóstico médico) en un fichero con el objetivo de realizar controles del absentismo resulta desproporcionada e injustificada⁶⁷.

Ahora bien, aun cuando en las conclusiones del informe médico que va a recibir el empresario no puede aparecer reflejada la concreta patología que pudiera padecer un trabajador, sí debe expresarse las condiciones que a éste le están contraindicadas ya sea de manera temporal o definitiva, de forma que esta circunstancia puede otorgar pautas para descubrir qué tipo de enfermedad padece una determinada persona y provocar, en consecuencia, una posible actuación discriminatoria, de suerte que adquiere la máxima importancia que el personal médico responsable de llevar a cabo esta vigilancia debe ser cauto en la utilización de sus palabras a la hora de dar a conocer la aptitud o no del trabajador para el concreto puesto de trabajo en cuestión, sobre todo cuando se trate de afectaciones psicológicas, dada la mayor dificultad que para el empresario conllevará adoptar medidas de prevención⁶⁸.

En modo alguno podrán los reconocimientos médicos ocuparse de otras cuestiones que resulten inocuas desde el punto de vista laboral (y que, de ser conocidas por el empresario, sin duda llegarían a actuar de forma negativa y como causa de discriminación, como podrían ser hábitos sexuales, tasas de consumo de alcohol o drogas, ser portadores de virus no contagiosos)⁶⁹ y menos aún girar sobre test genéticos capaces de analizar propensiones del trabajador a sufrir determinadas enfermedades en el futuro, circunstancias que, además, pueden traducirse para el trabajador, al conocer esas posibles

65 STSJ Galicia 16 julio 2007 (rec. 2882/2007). Dicha prohibición alcanza no sólo al uso desviado de las conclusiones que los servicios médicos proporcionan al empresario y a las personas con responsabilidades en materia de prevención, sino a todos los extremos que obren en el expediente médico y que se hayan podido obtener, bien previo consentimiento del trabajador, bien por medios no legítimos. POQUET CATALA, R.: *El actual poder de dirección y control del empresario*, Pamplona (Aranzadi), 2013, pág. 135.

66 CARDONA RUBERT, M.B.: “Tutela de la intimidad informática en el contrato de trabajo”, *Revista de Derecho Social*, núm. 6, 1999, pág. 53.

67 SSTCo 66/1995, de 8 de mayo; 207/1996, de 16 de diciembre o 69/1999, de 26 de abril.

68 FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: “Tratamiento y protección de datos de salud del trabajador en el ámbito de la prestación de servicios”, en AA.VV (QUINTANA LÓPEZ, T., Dir.): *Proyección transversal de la sostenibilidad en Castilla y León. Varias perspectivas*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2019, pág. 504.

69 SAN MARTÍN MAZZUCONI, C.: “La vigilancia del estado de salud de los trabajadores: voluntariedad y periodicidad de los reconocimientos médicos”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 53, 2004, pág. 153.

VIGILANCIA Y CONTROL DE LA SALUD MENTAL DE LOS TRABAJADORES

tendencias patológicas, en una carga psicológica con graves consecuencias psicosomáticas, afectar a la propia imagen de la persona y su autoestima y tener efectos a largo plazo sobre la forma de planificar y orientar su actividad futura⁷⁰. Se produciría, por ende, un agravamiento en la enfermedad neuronal derivada de una información genética no pertinente.

El único camino para que el empresario pueda adoptar medidas que eviten la progresión de una dolencia psíquica es el desarrollo de un adecuado reconocimiento por personal médico, pues no puede exigir directamente al trabajador que le proporcione información sobre el estado de salud. Tales extremos están protegidos por el derecho a la intimidad, de manera que cualquier sanción (incluido el despido), derivada de la imputación de alguna ocultación al respecto, merecería la calificación de nula por vulneración de un derecho fundamental⁷¹. Únicamente en aquellos casos en que la falta de información pueda poner en peligro a compañeros, clientes o usuarios, podría considerarse concurrente una transgresión del deber de buena fe contractual por parte del trabajador.

Nuevas perspectivas abre a estos efectos la expansión de la covid-19, pues, por razones de salud pública, la empresa tiene derecho a conocer si el trabajador está infectado o en situación de cuarentena preventiva, así como el estado de salud previo en caso de colectivos de riesgo e incluso puede pasar cuestionarios al personal para conocer si padece síntomas⁷², siempre cumpliendo los principios de transparencia y minimización que exige el ordenamiento de protección de datos⁷³. Incluso, puede plantearse la conveniencia de someter a los trabajadores de modo obligatorio a la práctica de test destinados a detectar la infección por la covid-19 a modo de cribados periódicos para el personal trabajador. Aun cuando tales instrumentos no son aconsejados por las pautas incorporadas al Procedimiento de actuación por los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al SARS-COV-2, de 21 de diciembre de 2020, del Ministerio de Sanidad, excepto para centros sanitarios y sociosanitarios, lo cierto es que ante la gravedad del patógeno, no en vano se ha incluido, a la luz de la Directiva 2020/739, de 3 de junio, que modifica la anterior Directiva 2000/54 dentro del grupo 3 ("aquel que puede causar una enfermedad grave en el hombre y presenta un serio peligro para los trabajadores, con riesgo de que se propague a la colectividad y existiendo generalmente una profilaxis o tratamiento eficaz"), podría entenderse justificada esta medida siempre que cumpliera el principio de proporcionalidad, es decir, la situación epidemiológica de la empresa lo justificara y siempre con la finalidad de contener la propagación. Fuera de este marco excepcional sería necesario contar con el consentimiento del trabajador. Con carácter general, es la autoridad sanitaria la que decide la práctica de los test de detección en los casos sospechosos de infección por SARS-Cov-2, es decir, cuando el trabajador presente un cuadro cínico de infección respiratoria aguda de aparición súbita, que cursa,

70 FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: "Tratamiento y protección de datos de salud del trabajador en el ámbito de la prestación de servicios", cit., pág. 489.

71 SÁNCHEZ PEGO, F.J.: "La intimidad del trabajador y las medidas de prevención de riesgos laborales", *Actualidad Laboral*, núm. 2, 1997, pág. 23.

72 Informe Agencia Española de Protección de Datos 0017/2020.

73 MUÑOZ RUIZ, A.B.: "Protección de datos de los empleados ante el estado de alarma del Covid-19", en AA.VV.: *Impacto del Covid-19 en materia laboral y de Seguridad Social*, Madrid (Francis Lefebvre), 2020, pág. 144.

entre otros, fiebre, tos o sensación de falta de aire u otros síntomas como odinofagia, anosmia, ageusia, dolores musculares, diarreas, dolor torácico o cefaleas, así como en los supuestos de contacto estrecho, esto es, cualquier persona que haya estado en el mismo lugar que un caso positivo, a una distancia menor de 2 metros y durante un tiempo total acumulado de más de 15 minutos en 24 horas⁷⁴.

En ningún caso sería admisible, tal y como ha señalado la Agencia Española de Protección de Datos⁷⁵, la solicitud de información sobre la inmunidad a la covid-19 como requisito para acceder a un puesto de trabajo: en primer lugar, porque la persona interesada aún no es empleada y la empresa no tiene por tanto obligaciones o derechos específicos frente a ella; en segundo lugar, porque la información sobre una posible inmunidad frente a la enfermedad no contribuye significativamente a la protección del resto de personal o de la propia persona, en la medida en que los protocolos de prevención de riesgos adoptados por las autoridades sanitarias y laborales se aplican por igual a todo el personal, orientándose por lo que se refiere a la presencia de infección a los casos sospechosos y estos protocolos no establecen excepción alguna para personas que hayan padecido la enfermedad. Finalmente, porque la misma consideración habría de atribuirse a la covid-19 que a cualquier otro tipo de enfermedad que pudiera conllevar un riesgo de infección, sin que se plantee esta cuestión en la actualidad sobre otras patologías que pudieran resultar de declaración obligatoria a las autoridades sanitarias, conforme al Real Decreto 2210/1995, de 28 de diciembre, por el que se crea la red nacional de vigilancia epidemiológica.

En todo caso, al margen de estos supuestos de conocimiento excepcional por el empresario, si de riesgos psicosociales se trata, la información a transmitir por los profesionales sanitarios debe limitarse a la estrictamente indispensable para evitar progresiones o episodios futuros de la enfermedad.

6. LA REPARACIÓN DE LAS DOLENCIAS: PROBLEMAS DE INFRADIAGNÓSTICO O, SU ENVÉS, LAS POSIBLES SIMULACIONES

El certero parecer psicopatológico y la mejor evidencia científica son los elementos claves para tratar las afecciones psicológicas. Mientras en el resto de enfermedades, el facultativo suele fundamentar sus decisiones en la realización de pruebas diagnósticas concluyentes (TAC, analítica, exploraciones diversas...), capaces de proporcionar parámetros fiables y objetivos, la verdad es que en los trastornos

⁷⁴ https://www.google.es/search?source=hp&ei=AL7X7fgHcyPlwTn_lz4Ag&q=

⁷⁵ Informe de 8 de junio de 2020.

psiquiátricos la exploración es meramente psicopatológica, y aunque con diferentes orientaciones (cognitiva-conductual, lógica, etc.), aparece centrada únicamente en la realización de un cuestionario o de una entrevista clínica, dependiente en gran medida de los datos que el propio paciente exprese, es decir, de su propio parecer⁷⁶. La dificultad de procesar adecuadamente la información sintomatológica que facilita el paciente en orden a diseñar las pautas para afrontar por parte del médico sus dolencias, se ve acompañada, además, de un inconveniente adicional a la hora de determinar con precisión el deterioro funcional inherente a atender a las tareas y responsabilidades ejercidas por el enfermo en su concreto puesto de trabajo⁷⁷.

Estas inseguridades provocan un doble cúmulo de problemas:

De un lado, los de infradiagnóstico, condenando a las patologías psíquicas a quedar ocultas bajo el paraguas de enfermedades físicas (cardiovasculares, trastornos músculo-esqueléticos, dolencias del aparato respiratorio, afecciones digestivas, alteraciones dermatológicas, etc.), no en vano muchas veces provocan los mismos o parecidos síntomas, sobre todo cuando los déficit de salud mental acaban casi siempre somatizándose, con el riesgo de que la enfermedad, no detectada por el médico, quede en un estado silente que puede sufrir, en un determinado momento, un súbito viraje a una fase aguda capaz de generar consecuencias perniciosas para el trabajador, como pudiera ser, por citar sólo una estrictamente laboral, un despido, invocando —casi siempre— la causa prevista en el art. 52.a) ET⁷⁸. Un problema añadido concurre en esta hipótesis, la “sobreprescripción farmacológica” de ansiolíticos, antidepresivos o hipnóticos cuando el tratamiento no fuera necesario con alargamiento de las bajas, pudiendo desencadenar, a la postre, graves problemas de adicción o resistencia a la medicación.

De otro, los “falsos positivos”, esto es, las bajas de quienes utilizan la enfermedad mental para acceder a las prestaciones del sistema público o evitar anunciadas sanciones o inminentes despidos en el trabajo que venían desempeñando. Llama poderosamente la atención que las bajas por depresión o ansiedad afectan mucho más a trabajadores por cuenta ajena que a profesionales autónomos.

6.1 La consideración mayoritaria de las dolencias psicológicas como afecciones de etiología “común”

Como ya consta, ante el aumento de enfermedades mentales y neuronales, no es posible limitarse a proporcionar una respuesta clásica, comprensiva de la tutela reparadora de los daños causados a la salud trabajadores a través de una prestación de incapacidad temporal (o permanente), sino que deviene necesario apostar por una política preventiva eficaz⁷⁹. No obstante, una vez materializados,

76 Que se da por bueno desde el principio del proceso, incluida en la revisión del asunto en vía judicial. STSJ Aragón 20 julio 2019 (núm. 667/2019).

77 ARAÑA SUÁREZ, S.A. et alii: *Diagnósticos y prescripciones en salud mental, atención primaria e incapacidad laboral temporal*, www.mtin.es.

78 RIVAS VALLEJO, P.: *La prevención de los riesgos laborales de carácter psicosocial*, Granada (Comares), 2009, pág. XIII.

79 CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Breves consideraciones sobre la prevención de los riesgos psicosociales”, en AA.VV (SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., Dir): *Los riesgos psicosociales: teoría y práctica*, Pamplona (Aranzadi), 2006, pág. 104.

VIGILANCIA Y CONTROL DE LA SALUD MENTAL DE LOS TRABAJADORES

van a ser tutelados por el sistema de Seguridad Social, de manera que los casos de afectación psicológica a la salud de los trabajadores han sido considerados, con carácter general, como derivados de enfermedad común al no aparecer listados en la relación de enfermedades profesionales que recoge el Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre.

No obstante, la doctrina judicial más moderna ha venido entendiendo, en algunos casos (principalmente en los supuestos de acoso)⁸⁰, que las dolencias asociadas al estrés son las causantes de situaciones de incapacidad temporal, e incluso permanente⁸¹, derivadas de contingencias profesionales⁸², al apreciar la existencia de un nexo causal entre la situación laboral y la afección padecida a la luz del art. 154.2 e) TRLGSS. Ejemplo paradigmático de esta nueva protección puede encontrarse en la reciente Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Palmas de Gran Canaria de 26 de mayo de 2020⁸³, que reconoce el carácter profesional, de la incapacidad temporal asociada a una situación de ansiedad padecida por una trabajadora, con la categoría de letrada, al servicio de un Ayuntamiento, derivada de la sobrecarga extrema de tareas y la falta de instrucción y adiestramiento sobre las funciones a desarrollar durante varios años.

En efecto, partiendo de la aplicación de la presunción ex art. 156 TRLGSS⁸⁴, en virtud del cual “tendrán la consideración de accidente de trabajo...las enfermedades, no incluidas en el artículo siguiente, que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo”, ha surgido una incipiente línea hermenéutica, que ha acogido una noción amplia de accidente de trabajo (en alusión a las denominadas enfermedades del trabajo), considerando que la patología psíquica proviene de la actividad productiva, de un ambiente laboral hostil e incómodo⁸⁵; lo decisivo es, por tanto, el origen laboral del padecimiento psíquico a partir del cual la contingencia tendrá la naturaleza jurídica de profesional, siempre que exista un enlace preciso y directo entre la actividad laboral y las afecciones psicológicas⁸⁶.

80 Al respecto, por todos, MARTÍNEZ BARROSO, M^º.R.: “La tutela jurídica de los riesgos psicosociales por la Seguridad Social. Cuestiones pendientes”, *Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 303, 2008, pág. 69 ó DIAZ DESCALZO, M^º.C.: “Los riesgos psicosociales en el trabajo: el estrés laboral, el síndrome del quemado y el acoso laboral. Su consideración como accidente de trabajo”, *Revista de Derecho Social*, núm. 17, 2002, págs. 183 y ss.

81 STSJ Navarra 23 marzo 2004 (núm. 81/2004).

82 STSJ Cataluña 20 enero 2005 (núm. 6118/2003).

83 Núm. 485/2020.

84 TOLOSA TRIBIÑO, C.: “Los nuevos riesgos laborales y su tratamiento en el ámbito sancionador y de la Seguridad Social”, *Relaciones Laborales*, núm. 10, 2004, págs. 27 y ss.

85 STSJ País Vasco 4 febrero y 11 noviembre 2003 (núm. 2661/2002 y 2585/2003) o Andalucía/Granada 27 enero 2004 y 17 julio 2013 (núm. 275/2004 y rec. 1413/2013).

86 SSTSJ Navarra 15 junio y 18 mayo 2001 (TOL.25.598) y Andalucía/Granada 29 abril 2003 (TOL.267.928). Más recientes, SSTSJ Galicia 5 julio 2019 (núm. 4892/2018), Extremadura 4 julio 2019 (núm. 400/2019), País Vasco 7 mayo 2019 (núm. 852/2019), Andalucía/Granada 27 junio 2019 (núm. 1604/2019).

VIGILANCIA Y CONTROL DE LA SALUD MENTAL DE LOS TRABAJADORES

Esta tesis presenta indudables “ventajas” para las víctimas, desde el momento en el cual los períodos carenciales, el nivel de protección, la base reguladora de las prestaciones, los porcentajes aplicables sobre la misma y, en su caso, las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social o compensaciones adicionales por vía de indemnizaciones o de recargos de prestaciones, les otorgan un trato más favorable que si fueran consideradas comunes⁸⁷. De este modo, de producirse un impacto temporal en la esfera psicológica del individuo (e incluso física, según ya consta), será propio reconocer el origen profesional de la incapacidad temporal por trastorno psíquico (acompañada del correspondiente subsidio económico), pudiendo, asimismo, y dependiendo de su gravedad y cronificación, dar lugar a situaciones definitivas calificables como de incapacidad permanente, habitualmente en grado de total, merecedoras de la correspondiente pensión pública⁸⁸, siempre y cuando concurren los dos siguientes requisitos, no por conocidos menos dignos de reiteración: en primer lugar, se desplaza la carga de la prueba hacia los trabajadores, que deberán litigar con la Entidad Gestora o con los tribunales para demostrar la etiología laboral de la enfermedad; en segundo término, los asalariados no sólo deberán probar el alcance del nexo entre el trabajo y la enfermedad, sino que, además, deberán acreditar el carácter exclusivo del trabajo como determinante stricto sensu de la enfermedad, esto es, que es el único factor causal de la misma, sin ser suficiente que el trabajo sea el elemento que incide en la génesis y desarrollo de la enfermedad [art. 156.2 e) TRLGSS]⁸⁹.

El principal problema que se plantea en este razonamiento es el de la prueba del nexo de causalidad entre la enfermedad y el trabajo y de la exclusividad de la incidencia. Atendiendo a la literalidad de los términos del art. 156.2 e) TRLGSS, se exige la concurrencia de “causalidad directa, estricta y rigurosa”⁹⁰, lo cual excluye aquellas patologías sólo indirectamente vinculadas al trabajo o aquellas en las que por concurrir diversos agentes causales —concausalidad o causalidad compleja—no puedan relacionarse exclusivamente con la prestación de servicios⁹¹. Por tanto, la lesión ha de tener su causa exclusiva en la actividad laboral, pudiendo obedecer no sólo a una conducta empresarial incumplidora de determinadas obligaciones sino también derivar de cualquier otra circunstancia ajena a la misma pero vinculada al quehacer profesional⁹².

Es necesario aportar una prueba, a veces, difícil para el trabajador de la relación de causalidad estrecha entre la dolencia y el trabajo desempeñado a través de una evidencia pericial de singular autoridad por su autoría o contenido, si bien el juez puede llegar a la convicción por medio de

87 La no exigencia de período de carencia alguno para acceder a las prestaciones derivadas de accidente de trabajo permite que la calificación como contingencia profesional garantice siempre el derecho a los beneficios de Seguridad Social en supuestos de incapacidad temporal o permanente, incluso en presencia de una vida laboral limitada en el tiempo. Por extenso, ROMERO RODENAS, M^a.J.: *Protección frente al acoso en el trabajo*, Albacete (Bomarzo), 2004, pág. 43.

88 NAVARRO NIETO, F.: “Aspectos críticos en el tratamiento jurídico del acoso moral laboral”, *Tribuna Social*, núm. 202, 2007, págs. 24 y ss.

89 SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y KAHALE CARRILLO, D.T.: “Las enfermedades psicosociales y su consideración como enfermedad de trabajo”, *Anales de Derecho*, 2016, núm. 1. En la doctrina judicial, STSJ Navarra 18 abril 2006 (núm. 93/2006).

90 GARCÍA ORTEGA, J.: “El accidente de trabajo. Actualidad de un concepto centenario”, *Tribuna Social*, núm. 109, 2000, pág. 69.

91 DESDENTADO BONETE, A.: “Criterios judiciales para la calificación y revisión de las enfermedades del trabajo”, en AA.VV.: *Jornadas sobre las enfermedades del trabajo: calificación y prevención*, Madrid (Muprespa), 1995, págs. 31 y ss.

92 Como puede ser, en paradigmático ejemplo, una sobrecarga de trabajo. STSJ Andalucía 28 mayo 2014 (TOL 4.442.896).

presunciones judiciales, circunstancia que tampoco es sencilla de materializar. Lo relevante es que el trabajo sea el factor desencadenante y principal de la patología mental, exigiendo acreditar no sólo la conexión lesión-actividad laboral, sino que no existen factores extralaborales ligados al perfil de la personalidad del afectado, circunstancias socio-familiares o antecedentes del trabajador (personalidades patológicas previas) que hayan confluído en el padecimiento⁹³, que incluso puede llevar en algunos casos al suicidio, considerado como accidente de trabajo cuando es precisamente el cometido laboral el único factor que desencadena o agrava el trastorno, propiciando el comportamiento autolesivo⁹⁴.

Los cuadros de estrés, crisis ansioso-depresivas o trastornos adaptativos son los diagnósticos más frecuentes que dan consistencia a la incapacidad temporal, mientras que las recidivas, con sucesivas incorporaciones y bajas concatenadas, refuerzan la verosimilitud misma de la relación de causalidad. El problema es la demostración del requisito de la causalidad "exclusiva", que se convierte en el verdadero caballo de batalla de la consideración de los riesgos psicosociales como contingencia profesional, dada la dificultad de encontrar enfermedades de tal carácter que tengan una relación de causalidad exclusiva en el trabajo. La diversidad de concausas, junto a la laboral, de las enfermedades psíquicas reducen ampliamente el cumplimiento de las exigencias del art. 156.2 e) TRLGSS, al estimar como excluyente de la calificación de la enfermedad del trabajo la mera existencia de otros elementos desencadenantes extralaborales como circunstancias familiares, amistades, antecedentes o patrones de vida irregulares, e incluso el hecho de que la patología venga provocada por una personalidad de base del afectado o sea consecuencia del modo en que el trabajador personifica e interioriza determinados avatares de la relación laboral⁹⁵. Como fácilmente puede comprobarse, resulta enormemente casuístico determinar hasta qué punto el disgusto ocasionado por determinadas decisiones de la empresa, más o menos justificadas o razonables, la frustración de ciertas expectativas laborales que la población trabajadora experimenta en mayor o menor medida alguna vez a lo largo de su vida laboral, la falta de integración en el entorno laboral, tener un jefe exigente o conflictos o enemistades con compañeros, pueden determinar el reconocimiento del origen profesional de la patología psíquica padecida⁹⁶, pero en todo caso la exigencia de exclusividad del art. 156.2 e) TRLGSS eleva el grado de exigencia del nexo causal⁹⁷. El informe psiquiátrico es, pues,

93 SSTSJ Valencia 2 enero 2004 y 24 mayo 2005 (TOL 693.103), Castilla y León/Valladolid 2 noviembre 2005, Cataluña 11 abril 2014 (TOL 4.356.315) ó Andalucía/Sevilla 28 mayo 2014 (TOL 4.442.869).

94 SÁNCHEZ PÉREZ, J.: "La delimitación conceptual del suicidio como contingencia profesional y su tutela jurisprudencial", *Actualidad Laboral*, núm. 9, 2013, pág. 1150.

95 MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: "La reparación de los daños psicofísicos a través de las prestaciones de Seguridad Social", en AA.VV (ÁLVAREZ CUESTA, H., Dir.): *Aspectos jurídicos de la salud mental de los trabajadores en Castilla y León*, Madrid (Reus-Eolas), 2016, pág. 222.

96 RIVAS VALLEJO, J.: "Seguridad Social y riesgos psicosociales: su calificación como contingencia profesional", *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 12, 2004, pág. 292.

97 JURADO SEGOVIA, A.: "Suicidio y accidente de trabajo: su calificación como acto derivado de una enfermedad del trabajo", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 183, 2016, pág. 313. Aplicando de forma rigurosa este requisito, STSJ Andalucía/Granada 7 marzo 2019 (núm. 612/2019) o Castilla y León/Valladolid 10 mayo 2018 (rec. 2084/2017).

VIGILANCIA Y CONTROL DE LA SALUD MENTAL DE LOS TRABAJADORES

el instrumento que adquiere el valor de elemento fundamental para determinar las consecuencias patológicas del trabajador ante el órgano judicial⁹⁸, lo cual ha facilitado que en algún caso, si bien con grandes dosis de subjetividad, se haya reconocido como enfermedad del trabajo las crisis nerviosas producidas por estrés laboral⁹⁹, el síndrome de burn-out¹⁰⁰, los trastornos derivados de ansiedad¹⁰¹ o la depresión sufrida por acoso¹⁰².

Para evitar que los riesgos de origen psicosocial dispongan de una menor intensidad protectora que los riesgos tradicionales de seguridad e higiene industrial, deviene recomendable incluir a las enfermedades derivadas del estrés laboral (o cualquier otra patología psicosomática) como contingencias profesionales para determinados ámbito funcionales por diversas razones¹⁰³: a) las condiciones económicas de las prestaciones son más elevadas que cuando la enfermedad es considerada común¹⁰⁴; b) la protección no queda condicionada al cumplimiento de un período de carencia previo; c) mientras que las enfermedades comunes quedan invisibilizadas ante los sistemas de control en el ámbito preventivo (inspección de trabajo, representación sindical, unitaria y especializada en salud laboral), cuando se considera la etiología laboral de la enfermedad se activan automáticamente los sistemas de investigación y control; y d) en caso de incumplimiento de las obligaciones establecidas en el ámbito preventivo existe la posibilidad de sancionar a las empresas infractoras en vía penal o administrativa, establecer recargo de prestaciones y añadir indemnizaciones por daños y perjuicios.

98 KAHALE CARRILLO, D.T.: "Acoso laboral (*mobbing*): diferencias con las tensiones ordinarias del entorno de trabajo", *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, núm. 9, 2008, pág. 201.

99 STSJ Castilla-La Mancha 10 julio 2019 (núm. 1068/2019).

100 STSJ Andalucía 1 junio 2017 (rec. 1607/2016)

101 STSJ Castilla y León 10 mayo 2007 (núm. 376/2007).

102 STSJ Castilla y León 31 mayo 2018 (núm. 1683/2017), en un supuesto de acoso por alumnos a una profesora. También STSJ País Vasco 15 enero 2019 (núm. 135/2019 o Madrid 31 mayo 2019 (núm. 595/2019).

103 PAYÁ CASTIBLANQUE, R. y CALVO PALOMARES, R.: "Sistemas de prevención y protección en el orden social sobre los riesgos emergentes de origen psicosocial en la economía digital", en AA.VV (RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y TODOLÍ SIGNES, A., Dirs.): *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*, Pamplona (Aranzadi), 2020, pág. 562.

104 Según los arts. 169 y ss. TRLGSS, si se trata de enfermedad profesional, la prestación por incapacidad temporal se devenga desde el día siguiente al de la baja, debiendo asumir la empresa el salario íntegro del primer día de baja, mientras en los supuestos de enfermedad común se devengaría desde el cuarto día, debiendo asumir en este último caso la empresa el coste entre el 4º día y el 15º. Además, la cuantía es inferior en los supuestos de enfermedad común, que se concreta de la siguiente forma: durante los tres primeros días a contar desde la baja médica, no se tendrá derecho a ninguna prestación de Seguridad Social; del día 4º al 20º, el subsidio ascendería a un 60 por 100 de la base reguladora, y a partir del día 21º, el beneficiario tendría derecho a percibir el 75 por 100 de la base reguladora. En cambio, si se trata de contingencia profesional, la cuantía asciende desde el primer momento al 75 por 100 de la base reguladora. Por otra parte, si se trata de una incapacidad permanente, el porcentaje aplicable sobre la base reguladora es el mismo, con independencia de cual sea la causa (común o profesional) que originó la situación de necesidad, si bien varía esta última, pues obedece a contingencia común, se calcula tomando como referencia salarios remotos, en la medida en que se promedian las bases de cotización de varios años atrás, pero si trae causa de un riesgo profesional, la base reguladora se calcula sobre los salarios reales percibidos por el trabajador en los últimos doce meses de trabajo activo (Decreto de 22 de junio de 1956).

Otra solución podría ser el reconocimiento legal expreso de las afectaciones psicosociales como situaciones asimiladas al accidente de trabajo a los exclusivos efectos de prestaciones por incapacidad temporal, confiriendo a una enfermedad, en principio, común, la condición de profesional, circunstancia que beneficiaría igualmente al trabajador en los términos anteriormente reseñados. Al tal efecto, puede servir de modelo la intervención del legislador de urgencia, de la mano del Real Decreto Ley 6/2020, en relación con la enfermedad derivada del SARS-CoV-2 para el personal no socio-sanitario (pues para estos tiene carácter profesional)¹⁰⁵, debiendo aclarar, no obstante, si la ficción de asimilación a accidente de trabajo se realiza a los solos efectos económicos de las prestaciones (como se ha hecho con motivo de la Covid-19 o también con respecto a la prestación en especie de asistencia sanitaria. Si se tomara el segundo camino y la empresa estuviera asociada a una Mutua Colaboradora con la Seguridad Social la gestión de las prestaciones comprendidas en la protección de las contingencias profesionales, tanto los auxilios monetarios, como la asistencia sanitaria, correspondería a la Mutua. En cambio, si se optara por la primera vía, los partes de baja, confirmación y alta corresponden a los médicos de los Servicios Públicos de Salud, debiendo, con posterioridad el INSS, diseñar un procedimiento interno para conferirles el tratamiento de accidente de trabajo. Para evitar, tal complejidad, convendría apostar por la equiparación a todos los efectos (pecuniarios y asistenciales).

Por este camino podrán protegerse, como enfermedad del trabajo, también los riesgos psicosociales (los biológicos están protegidos como enfermedad profesional) adquiridos por los propios sanitarios y otros profesionales que están en la primera línea de batalla en la lucha contra el virus, derivados del desconcierto frente a un enemigo desconocido, el miedo al contagio por la escasez de medios, la sobrecarga de trabajo, el agotamiento, el autoaislamiento durante los tiempos de descanso ante el peligro de contagiar a otros, los sentimientos de rabia y de frustración frente a tanto sufrimiento, el sentimiento de culpa por la toma de decisiones que entrañan problemas éticos o el acompañamiento a los pacientes aislados en sustitución de las familias¹⁰⁶.

En fin, no hay que olvidar que la tendencia a diversificar el origen de las dolencias mentales, situándolo, bien en el trabajo (contingencia profesional), bien en la vida personal, familiar y social (contingencia común), con la consiguiente disparidad en el tratamiento otorgado por la protección social a las bajas, olvida cómo, muy a menudo, la separación absoluta resulta inexacta: el malestar procedente de la actividad profesional se traslada al hogar y otros contextos de actuación humana, deteriorando las relaciones intersubjetivas y empeorando la dolencia; al tiempo, el trabajo, pese a su enorme potencial terapéutico (que, cuando proceda, debe ser aprovechado en la fase de rehabilitación del enfermo), también puede ser ámbito propicio para el recrudecimiento de patologías inicialmente desvinculadas de tal espacio. Por tal razón, para optimizar resultados parece ineludible alinear las actuaciones reparacionistas (prestaciones, tratamiento, rehabilitación) con las pautas propias de la prevención, a fin de diseñar un sistema eminentemente proactivo.

¹⁰⁵ ARAGÓN GÓMEZ, C.: "Protección del sistema de Seguridad Social ante la crisis sanitaria derivada de la Covid-19", en AA.VV.: *Impacto del Covid-19 en materia laboral y de Seguridad Social*, Madrid (Francis Lefebvre), 2020, págs. 151 y ss.

¹⁰⁶ ARAGÓN GÓMEZ, C.: "Protección del sistema de Seguridad Social ante la crisis sanitaria derivada de la Covid-19", cit., págs. 151 y ss.

6.2 El lado oscuro: algunos supuestos de fraude

Como ya consta, el componente subjetivo y la interiorización de las consecuencias de una enfermedad mental hace que las lesiones o dolencias incapacitantes puedan afectar a los trabajadores de muy distinta manera en relación con su concreta actividad profesional. Salvo patologías con un elevado componente de identificación externa no resulta precisamente fácil apreciar su concurrencia, al tiempo que tampoco resulta difícil simular su padecimiento¹⁰⁷, circunstancia esta última que resulta especialmente preocupante dada la severidad de las patologías reales que merecen la máxima tutela y que se ven empañadas muchas veces por comportamientos espurios de algunos oportunistas.

Atendiendo a las estadísticas, las bajas por salud mental han sufrido un incremento exponencial en los últimos años, al punto de encontrarse en el tercer lugar dentro de las causas motivadoras de incapacidades temporales, y son las que tienen una duración más larga, convirtiéndose en un refugio protegido para algunos sujetos¹⁰⁸. La necesidad de controlar el importe económico que para los fondos públicos (arcas de la Seguridad Social, gasto médico y farmacéutico, detrimento de la competitividad empresarial...) suponen las situaciones de incapacidad temporal en las cuales se encuentran inmersos aquellos trabajadores aquejados de algún tipo de psicopatología, obliga a plantear la posibilidad de introducir serios sistemas de supervisión y seguimiento en aras a diferenciar aquellas verdaderas dolencias mentales capaces de impedir el desarrollo de la actividad profesional con normalidad, así como de frustrar la calidad de vida de quienes las padecen, de aquellas otras que no se ajustan a la realidad y que acaban provocando, por fraudulentas, el encarecimiento para las arcas públicas de los procesos patológicos derivados de problemas de salud neuronal en comparación con cuantos tienen causa en los físicos, con repercusión directa negativa también en las cuentas de resultado de las empresas y en su posición competitiva¹⁰⁹.

6.2.1 La inexistencia de pruebas clínicas objetivas

Como ya consta, buena parte de las patologías sufridas por los trabajadores aquejados de enfermedad mental se atribuyen a contingencias comunes, respondiendo a un trastorno de la personalidad en el cual el componente biológico y el factor social tienen gran incidencia, sin olvidar la impronta hereditaria¹¹⁰. Aun cuando el entorno de trabajo o el desempeño de una actividad concreta pueden

107 Se ha llegado a señalar un 14 por 100 de fraude en las bajas por ansiedad. BLANCO FERÁNDIZ, S.; VELASCO RODRÍGUEZ, J. y GONZÁLEZ País, c.: "Despidos disciplinarios por fraude en las incapacidades temporales. ¿Qué simulamos y por qué?", *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 406, 2019, pág. 107.

108 CONDE COLMENERO, P.: "Facultades empresariales y de las Mutuas", en AA.VV (SEMPERE NAVARRO, A.V., Dir): *Cuestiones en torno a la incapacidad temporal*, Madrid (Cinca), 2011, pág. 123.

109 BARCELÓ FERNÁNDEZ, J.: "Absentismo laboral: la incapacidad temporal del trabajador como principal causa", en AA.VV (GARCÍA VIÑA, J. et altri): *La incapacidad temporal en el trabajo. Régimen jurídico laboral y su configuración desde el punto de vista del absentismo*, Madrid (Atelier), 2016, pág. 125.

110 COMISIÓN EUROPEA: *Guía sobre el estrés relacionado con el trabajo: ¿la "sal de la vida" o el "beso de la muerte"*, Luxemburgo (Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas), 2000, pág. 71.

convertirse en motivos suficientes para generar el desencadenamiento o fase primigenia de la dolencia, lo cierto es que la dificultad de probar el nexo de causalidad entre la enfermedad mental padecida y el trabajo desarrollado hace declinar su consideración como riesgo profesional¹¹¹. Es más, en el hipotético e improbable caso de que la enfermedad mental hubiera sido reconocida como de origen laboral, al haberse podido acreditar [partiendo de la presunción ex art. 156.2 e) TRLGSS] la existencia de una perfecta relación causa-efecto entre la situación profesional y la afección padecida, los problemas de detección, seguimiento y control desde el punto de vista médico no son menores¹¹². Por mucho que avance la medicina, hay enfermedades que no pueden objetivarse ni medirse la gravedad o levedad del padecimiento, entre las que se encuentran las anímicas y el propio psiquismo del afectado¹¹³.

Esta circunstancia hace que pueda resultar sencilla la concurrencia de tres acciones: de un lado, que el paciente manifieste una sintomatología, que puede haber aprendido con un simple click en internet, difícil de contrastar; de otro, que simule el seguimiento del tratamiento médico y farmacológico prescrito; en fin, que alargue en el tiempo el mantenimiento de la afección. Todo ello sin pruebas objetivas contundentes a practicar por los médicos de los servicios públicos de salud, de las Mutuas o de las Entidad Gestora encargados de realizar el seguimiento de las patologías y sin ninguna posibilidad de alegación por parte de la empresa, que queda al margen de todo el procedimiento, pese a que, tras el reconocimiento de una incapacidad temporal tiene que seguir ingresando las cotizaciones del trabajador, abonando la prestación mediante el sistema de pago delegado, soportando los costes organizativos y apaciguando las quejas de los compañeros que muchas veces tienen que asumir trabajo extra ante las horas perdidas por parte del trabajador desleal.

6.2.2 El escaso margen de actuación del empresario

El empleador carece de todo tipo de información sobre el proceso clínico, pues en el parte que ha de hacer entrega el trabajador para justificar sus ausencias no aparece ni siquiera la descripción de la limitación de la capacidad funcional bajo una garantía del derecho a la confidencialidad¹¹⁴, que sólo se rompe en relación con los contagios por covid-19 donde es obligación del trabajador informar a la empresa¹¹⁵. Esta circunstancia provoca serias dificultades a la hora de ejercer las potestades empresariales de control.

¹¹¹ MOLINA NAVARRETE, C.: "Las implicaciones jurídicas de los riesgos profesionales de origen psicosocial: balance y perspectivas en el horizonte 2010", *Tribuna Social*, núm. 210, 2008, págs. 8 y ss.

¹¹² RODRÍGUEZ PÉREZ, M.C.: "Accidente de trabajo y enfermedad profesional: aproximación desde la perspectiva de los riesgos psicosociales, en especial, el acoso laboral", *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 319, 2009, págs. 3 y ss.

¹¹³ BARBA MORA, A.: *Incapacidades laborales y Seguridad Social*, Pamplona (Aranzadi), 2012, pág. 48.

¹¹⁴ Sobre el contenido del parte de baja, LÓPEZ INSUA, B.M.: *La incapacidad temporal en el sistema de Seguridad Social*, Granada (Comares), 2014, págs. 340 y ss.

¹¹⁵ LLANEZA, P.: "Nuevas tecnologías y protección de datos", en AA.VV.: *Cómo hacer frente a los efectos legales y litigios derivados del covid-19*, Madrid (Wolters Kluwer), 2020, pág. 720.

6.2.2.1 La propuesta de revisiones médicas a la luz del artículo 20.4 del Estatuto de los Trabajadores

El art. 20.4 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET) otorga al empresario, la prerrogativa de someter al enfermo o accidentado a controles médicos adicionales a los del sistema público de la Seguridad Social, bien por el facultativo de la empresa o bien a través del facultativo elegido por el empresario que puede pertenecer a una empresa externa, debiendo respetarse el derecho a la dignidad y la intimidad del trabajador y asumiendo el titular de la organización empresarial los gastos¹¹⁶. No hay que perder de vista que durante el tiempo en que el asalariado está de baja por padecer una dolencia incompatible con el desempeño de la actividad laboral, el contrato está suspendido por lo que sigue estando viva la relación y con ello subsisten los deberes de buena fe y diligencia, así como la correlativa facultad de inspección y control por parte del empresario. La transgresión de la buena fe contractual puede producirse a través de conductas muy variadas: a) por la simulación de una dolencia que no existe; b) por la realización de actividades incompatibles con la enfermedad o afección padecida; c) por comportamientos que ralenticen el proceso de curación y, en consecuencia, el regreso a la prestación de servicios laborales.

Aun cuando la concurrencia de estos torticeros comportamientos es más fácil en los supuestos de enfermedad mental, la facultad de control queda bastante limitada a la luz del precepto citado. La única finalidad de la prerrogativa incluida en el art. 20.4 ET, esto es, la consecuencia inmediata para el asalariado no es otra que la suspensión de los derechos económicos que corren a cargo de la empresa derivados de las mejoras voluntarias sobre las prestaciones básicas o mínimas cuando no se somete al reconocimiento propuesto, y no en caso de discrepancia (esto es, el trabajador se ha sometido al reconocimiento pero no se entiende justificada formal y materialmente la enfermedad)¹¹⁷, sin que sea posible utilizar las informaciones obtenidas para fines distintos de los habilitados *ex lege*¹¹⁸. En ningún caso sería posible dar el alta o suspender la percepción del subsidio por incapacidad temporal por enfermedad común o accidente no laboral que corresponde al empresario de los días cuarto a décimoquinto ambos inclusive ni tampoco eliminar las cantidades a abonar como pago delegado¹¹⁹.

Se trata de establecer una medida disuasoria del absentismo laboral, no de controlar el fraude en la percepción de las prestaciones por incapacidad temporal, facultando al empresario únicamente para verificar “el carácter justificado de las faltas de asistencia que el trabajador haya motivado en su estado de salud”. No tiene por objeto la corrección del diagnóstico médico acerca del estado de

116 RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “El control de la incapacidad temporal: su incidencia sobre la contención del gasto público y el aumento de la productividad empresarial”, *Temas Laborales*, núm. 118, 2013, págs. 113 y ss.

117 JOVER RAMÍREZ, C.: “Incapacidad temporal y reducción del absentismo injustificado”, *Temas Laborales*, núm. 106, 2010, pág. 50.

118 STSJ País Vasco 6 julio 2004 (rec. 1232/2004).

119 MUÑOZ MOLINA, J.: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social*, Pamplona (Aranzadi), 2005, pág. 248.

VIGILANCIA Y CONTROL DE LA SALUD MENTAL DE LOS TRABAJADORES

enfermedad sino que actúa en un aspecto distinto al puramente prestacional de la incapacidad temporal¹²⁰. De ahí que resulte aceptable la negativa del trabajador en depresión a someterse a una extracción de sangre por resultar desproporcionada en atención a la dolencia padecida, aunque la finalidad de la prueba persiga demostrar que el trabajador no sigue el tratamiento farmacológico prescrito. También podría considerarse justificada la oposición del trabajador cuando se proponga la realización del reconocimiento en su domicilio o cuando exista algún riesgo de agravamiento de su enfermedad si debe trasladarse a un centro médico determinado¹²¹.

Es más, el respeto al derecho a la intimidad del trabajador obliga al personal facultativo a observar el deber de confidencialidad sobre las dolencias del trabajador, de las que el empresario no podrá ser informado sin el consentimiento de aquel. Se limitará a transmitir al empresario si el estado de salud del trabajador es causa que le impida la asistencia al trabajo y las posibles expectativas que haya en relación con la persistencia de la situación de incapacidad del trabajador. El empresario desconoce, pues, la concreta dolencia padecida por parte del trabajador, de manera que el control de posibles actividades fraudulentas se torna difícil¹²².

Ante la poca eficacia de esta vía, nada impide que la empresa pueda dirigirse también, lógicamente, a la Inspección de los Servicios Sanitarios o a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para denunciar aquellas circunstancias de sus trabajadores en situación de incapacidad temporal que entiendan puedan ser consideradas como infracciones del orden social ante un posible falseamiento. Cierto es que el art. 26.1 Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), tipifica como infracción muy grave conductas que impliquen actuar fraudulentamente simulando una situación de enfermedad o prologar indebidamente su disfrute mediante la aportación de documentos o datos falsos, mereciendo la sanción de pérdida de la prestación durante un período de seis meses a la luz del art. 47.1 c) LISOS, pudiendo reclamar, al tiempo, los subsidios indebidos (art. 47.3 LISOS) y acordar la suspensión cautelar del cobro de la prestación [art. 47.1 d) LISOS], pero es difícil sostener una conducta fraudulenta en un ámbito administrativo sancionador si no hay pruebas concluyentes, circunstancia que se complica en los supuestos de enfermedad mental. Por lo demás, la posibilidad de que el derecho al subsidio pueda ser anulado por la Entidad Gestora o por la Mutua en caso de actuación fraudulenta para obtener o conservar la prestación (art. 175 TRLGSS)¹²³, pierde gran operatividad en materia de dolencias psicofísicas por razones que en este momento del discurso son fáciles de adivinar y no procede reiterar.

¹²⁰ GÓMEZ CABALLERO, P.: "Las facultades de control del estado de salud del trabajador", *Temas Laborales*, núm. 150, 2019, pág. 215.

¹²¹ POQUET CATALÁ, R.: "Vigilancia de la salud, poder de dirección empresarial y derecho a la intimidad del trabajador. Un triángulo conflictivo", *Lex Social*, Vol. 10, núm. 1, 2020, pág. 389.

¹²² LÓPEZ BALAGUER, M. y TALENS VISCONTI, E.: "El seguimiento de las bajas por IT e IP en el ámbito privado en la doctrina de los tribunales", en AA.VV (TALENS VISCONTI, E.E. y VALLS GENOVAR, M.A., Dirs.): *La actividad de los detectives privados en el ámbito laboral*, Madrid (La Ley), 2020 pág. 33.

¹²³ ESTEBAN LEGARRETA, R.: *Controles y límites de la incapacidad temporal*, Albacete (Bomarzo), 2019, pág. 98.

6.2.2.1 Despido por transgresión de la buena fe contractual: dificultades de prueba

Tampoco hay que olvidar la posibilidad de que el empresario recurra al recurso al despido disciplinario¹²⁴ cuando compruebe, bien la realización por parte del trabajador en situación de incapacidad temporal de actividades coetáneas incompatibles con dicha contingencia porque pueden resultar perjudiciales para la recuperación de su salud, o bien la simulación de una enfermedad o accidente, atendiendo al apartado b) del art. 54 ET: "transgresión de la buena fe contractual, así como abuso de confianza en el desempeño del trabajo"¹²⁵. Ahora bien, esta decisión extintiva empresarial sólo será procedente si la actuación del interesado durante la incapacidad temporal "... perjudica la curación... o evidencia la aptitud de éste, que realiza trabajos incompatibles (no terapéuticos) o simula enfermedad en perjuicio de la empresa, de la Seguridad Social y, en su caso, de quien en el centro de trabajo ha de suplir su falta a causa de la situación incapacitante"¹²⁶, siempre y cuando las pruebas se hayan obtenido sin violación de derechos fundamentales¹²⁷.

No es posible la fijación de criterios generales aplicables a todos los supuestos capaces de determinar lo que puede hacer un trabajador y lo que no en situación de incapacidad temporal puesto que hay que analizar de forma pormenorizada cada circunstancia "... a fin de calibrar adecuadamente y con la ponderación necesaria la dimensión disciplinaria de la conducta, como así, por otra parte, está impuesto en todo asunto de despido disciplinario en el que no entran en juego reglas automáticas tasadas de aplicación de los efectos sancionadores explícitamente regulados..."¹²⁸. Este requisito resultará especialmente difícil cuando de una enfermedad mental se trata, pues prácticamente es compatible con cualquier comportamiento e incluso es posible que exista prescripción médica que apunte a la realización como terapia de este tipo de actividades (que pueden entenderse incompatibles desde el punto de vista de la lógica o del sentido común).

La lícita labor de control desarrollada normalmente a través de empresas especializadas en gestión del absentismo o a través de detectives privados que, ante una sospecha fundada sobre un comportamiento irregular del trabajador, obtienen imágenes, filmaciones o sonidos en lugares observables por el ojo humano en espacios públicos o no reservados¹²⁹, queda frustrada en la mayoría

¹²⁴ JOVER RAMÍREZ, C.: *La incapacidad temporal para el trabajo*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2006, pág. 170.

¹²⁵ SAN MARTIN MAZZUCONI, C.: "El despido del trabajador en situación de incapacidad temporal", en AA.VV (SEMPERE NAVARRO, A.V., Dir.): *Cuestiones en torno a la incapacidad temporal*, Madrid (Cinca), 2011, págs. 49 y ss.

¹²⁶ SSTs 21 marzo y 21 diciembre 1984 (RJ 198/1596 y RJ 1984/6486) y 24 julio 1990 (AS 1992/6550).

¹²⁷ SAN MARTIN MAZZUCONI, C.: "El despido del trabajador en situación de incapacidad temporal", en AA.VV (SEMPERE NAVARRO, A.V., Dir.): *Cuestiones en torno a la incapacidad temporal*, Madrid (Cinca), 2011, págs. 49 y ss.

¹²⁸ STSJ Madrid 15 septiembre 2008 (rec. 3136/2008).

¹²⁹ DÍAZ RODRÍGUEZ, J.M.: "Detectives en el ámbito laboral: poder empresarial y prueba judicial", *Actualidad Laboral*, núm. 7, 2001, págs. 800 y ss.; SALCEDO BELTRÁN, C.: "Intervención de detectives en las relaciones laborales", *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 368, 2013, págs. 213 y ss. o GARRIDO PÉREZ, E.: "La actuación de los detectives privados como instrumento de control empresarial", *Temas Laborales*, núm. 150, 2019, pág. 242. En la doctrina judicial, STSJ Cataluña 11 noviembre 2004 (rec. 266/03).

VIGILANCIA Y CONTROL DE LA SALUD MENTAL DE LOS TRABAJADORES

de las ocasiones, pues, por un lado, en los partes de baja y confirmación que se expiden por los médicos no consta, bajo el amparo del derecho a la intimidad y el deber de confidencialidad del personal sanitario, la dolencia concreta que afecta al trabajador¹³⁰; antes al contrario, sólo aparece si la patología es común o profesional, de manera que averiguar si el quehacer del trabajador observa las reglas de la buena fe contractual es una quimera, que dificulta el ejercicio del poder de dirección y disciplinario del empresario e incluso su alegación como medio de prueba en instancias judiciales. Y, por otro, a priori no hay actividad incompatible con una dolencia mental.

No obstante, aunque son excepcionales, cabe dejar constancia de algún pronunciamiento judicial que reconoce la procedencia del despido contando con el informe de un detective en supuestos de trastornos ansioso depresivos, pudiendo mencionar los tres siguientes: un trabajador que lleva a cabo labores agrícolas con pastos, arboleda y un importante número de animales (ovejas y cerdos)¹³¹; una trabajadora que prestó servicios a tiempo completo en la agencia de viajes de su hermana durante tres días como mínimo¹³² o un enfermero que presta servicios para otra clínica¹³³.

Con todo, las principales dificultades surgen a la hora de reconocer la concurrencia de la transgresión de la buena fe contractual por actividades lúdicas, pues precisamente en las enfermedades de carácter psicológico relacionadas con la depresión o las que presentan cuadros de ansiedad y síntomas similares llevan aparejadas recomendaciones médicas de adquirir ciertos hábitos de ocio o entretenimiento, de manera que estas actividades no van a perjudicar la curación o entorpecer la mejoría por lo que no van a constituir ningún fraude aunque el ejercicio físico o la socialización con amistades puedan considerarse desmedidos porque no existe graduación alguna en este sentido y las enfermedades psiquiátricas no exigen reposo ni cuidados corporales especiales. Buena muestra de las dificultades de control que las bajas por depresión presentan para el empresario puede encontrarse en los siguientes ejemplos resueltos en vía judicial, en los que se ha considerado improcedente el despido por entender que no hay perjuicio en el proceso de curación de trabajadores con afecciones mentales: un gestor telefónico que realiza conciertos musicales¹³⁴; un auxiliar administrativo que atiende el negocio particular dedicado a la organización de espectáculos¹³⁵ o un trabajador que viaja al extranjero¹³⁶. Únicamente cuando el detective puede demostrar la ingesta de alcohol aunque sea esporádica, el despido se considera procedente ante la contraindicación con el consumo de antidepresivos¹³⁷.

¹³⁰ GÓMEZ CABALLERO, P.: "Las facultades de control del estado de salud del trabajador", *Temas Laborales*, núm. 150, 2019, pág. 216.

¹³¹ STSJ Extremadura 29 septiembre 2019 (rec. 399/2019).

¹³² STSJ Galicia 9 octubre 2019 (rec. 2672/2019).

¹³³ STSJ Cataluña 11 noviembre 2004 (rec. 266/03).

¹³⁴ STSJ Madrid 9 marzo 2009 (rec. 68/2009).

¹³⁵ STSJ Murcia 6 octubre 2006 (rec. 976/2006).

¹³⁶ STSJ Cantabria 29 junio 2007 (rec. 624/2007).

¹³⁷ STSJ Andalucía/Sevilla 27 junio 2019 (rec. 3224/2018).

Tampoco son efectivas, cuando de una enfermedad mental se trata, las informaciones obtenidas a través de las redes sociales. Aunque la regla general es que “lo que se publica voluntariamente en redes sociales abiertas es público”, de manera que sólo quedaría vetada aquella actuación empresarial en virtud de la cual se hubiera obtenido la información del trabajador de un modo artero, esto es, creando perfiles falsos para ganar la autorización del afectado obteniendo datos que de otra manera no hubiese podido conocer, o “hackeando” la cuenta¹³⁸, lo cierto es que cuando el trabajador está aquejado de una patología psicológica cualquier comportamiento sería compatible, lo que haría inviable cualquier intento probatorio del empresario, a no ser que se pueda demostrar, como ya consta, el consumo de bebidas alcohólicas¹³⁹.

Atendiendo a lo previsto en el art. 90 Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), en virtud del cual “las partes podrán servirse de cuantos medios de prueba se encuentren regulados en la Ley, incluidos los procedimientos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido o de archivo o reproducción de datos”, y en el art. 299.3 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), supletoriamente aplicable a la luz de la disposición final 4 LRJS, que admite la posibilidad de utilizar “cualquier medio no expresamente previsto en los apartados anteriores a través de los cuales pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes”, no puede extrañar que las dificultades no se plantean en cuanto al modo de aportación, pues el empresario puede asegurarse de que se produzca en un soporte adecuado, poniendo a disposición del órgano judicial los medios necesarios para su reproducción y posterior constancia en autos, extremos que pueden cumplirse llevando a juicio el ordenador y abrir la página en sala, efectuando un pantallazo o aportando un acta notarial¹⁴⁰. Es más, la mayor parte de la doctrina se muestra favorable a entender lícitas las pruebas aportadas por esta vía, no en vano en la dinámica de las redes sociales se encuentra la ulterior difusión de sus contenidos, de manera que aun cuando éstos solo sean inicialmente accesibles a algunos destinatarios, existe un riesgo claro de que éstos lo divulguen conocido por el afectado. O, si se prefiere, al dar publicidad a una circunstancia a través de las redes “no es posible presumir la existencia de una limitación respecto a la libre difusión de las imágenes”¹⁴¹. El problema es, por tanto, de fondo, pues la valoración de la conducta del trabajador que pudiera merecer tacha si de una enfermedad física se tratara, será considerada lícita, en cambio, si la dolencia es de tipo psicosocial, de suerte que el afectado adquirirá una sensación de impunidad.

¹³⁸ GONZÁLEZ BIEDMA, E.: “Uso de redes sociales y control empresarial”, *Temas Laborales*, núm. 150, 2019, pág. 125. En la doctrina judicial, SSTSJ Asturias 14 junio 2013 (rec. 241/2013), Canarias 22 enero 2016 (rec. 1167/2015), Galicia 21 noviembre 2016 (rec. 2533/2016) y 14 febrero 2018 (rec. 4292/2017), Aragón 20 junio 2018 (núm. 389/2018), Castilla-La Mancha 19 diciembre 2019 (núm. 1675/2019), Madrid 5 febrero 2020 (núm. 97/2020) ó Galicia 30 diciembre 2020 (núm. 64/2020).

¹³⁹ STSJ Madrid 23 enero 2012 (núm. 32/2012).

¹⁴⁰ NORES TORRES, L.E. y GOERLICH PESET, J.M.: “Protección de la privacidad digital: derecho a la desconexión e investigación en redes sociales”, en AA.VV. (TALENS VISCONTI, E.E. y VALLS GENOVARD, M.A., Dirs.): *La actividad de los detectives privados en el ámbito laboral*, Madrid (La Ley), 2020, pág. 133.

¹⁴¹ STSJ Cataluña 9 enero 2019 (núm. 9/2019).

Queda en segundo plano, por tanto, una realidad que no debería ser olvidada: las personas empleadoras son también portadoras de derechos fundamentales cuando ejercen sus facultades de control empresarial. Y no ya solo por la integración de las mismas en la libertad de empresa, hoy derecho económico fundamental comunitario (art. 16 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea), sino por la confluencia con el derecho humano fundamental a la efectividad de la tutela judicial (art. 47 Carta Derechos Fundamentales de la Unión Europea en relación con el art. 24 CE), en el que el derecho a la prueba aparece igualmente concernido¹⁴².

En todo caso, el despido disciplinario no tiene por qué afectar a la continuación del proceso de incapacidad temporal, salvo que la conducta del beneficiario llegue a conocimiento de la entidad gestora, por vías diversas, como podría ser la comunicación del empleador, o de la Mutua colaboradora, que a su vez puede haber sido informada por la empleadora o, lo que es más raro, por comunicación de la Inspección de Trabajo.

7. CONCLUSIÓN

En una primera aproximación, se podría pensar que el trabajo con TICs y otros adelantos técnicos contribuye a liberar de actividades pesadas y peligrosas, así como de aquellos quehaceres sucios y opacos o inseguros, lo cual va a repercutir de forma positiva en el bienestar de los asalariados. Ahora bien, tal afirmación quiebra de forma estrepitosa si se tienen en cuenta que en la industria y el trabajo 4.0 conviven algunos riesgos tradicionales con otros nuevos peligros directos e indirectos y amenazas derivadas de las propias características de los sistemas tecnológicos instalados (con riesgos asociados a la energía eléctrica, la maquinaria móvil, el mal uso o errores de los automatismos), de las herramientas manejadas (ordenadores, impresoras o fotocopiadoras), de factores físicos (iluminación, luminosidad, brillo, deslumbramiento, contraste inadecuado, temperatura, humedad, ruido, entorno polvoriento, falta de ventilación, hacinamiento, aislamiento domiciliario...), químicos (tóner, tintes, productos de limpieza...), ergonómicos (malas posturas, movimientos repetitivos, inadecuación del mobiliario...) y, sobre todo, psicosociales graves, asociados al estrés en sus distintas variantes. Esta realidad, cuantitativamente ascendente, exige la adopción de políticas preventivas eficaces, dentro de las cuales la práctica de reconocimientos médicos, adecuadamente diseñados para detectar enfermedades en estado latente, debe adquirir un protagonismo capital, siempre acompañado de un especial cuidado en el cumplimiento de los principios del ordenamiento de protección de datos a la hora de almacenar y tratar la información clínica obtenida.

¹⁴² MOLINA NAVARRETE, C.: "Control tecnológico del empleador y derecho probatorio: efectos de la prueba digital lesiva de derechos fundamentales", *Temas Laborales*, núm. 150, 2019, pág. 353.

8. BIBLIOGRAFÍA

- AGRA VIFORCOS, B. "Robotización y digitalización. Implicaciones en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo", en VV.VV (QUINTANA LÓPEZ T., Dir.): *Proyección transversal de la sostenibilidad en Castilla y León. Varias perspectivas*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2019. ARTAZCOZ, L.I. et alii: "Unemployment and mental health: understanding the interactions among gender, family roles and social class", *American Journal of Public Health*, núm. 94, 2004. WARR, P.: *Work, unemployment and mental health*, Oxford (Clarendon Press), 1987.
- ALEMÁN PÁEZ, F.: "El derecho a la desconexión digital", *Trabajo y Derecho*, núm. 30, 2017.
- ARAGÓN GÓMEZ, C.: "Protección del sistema de Seguridad Social ante la crisis sanitaria derivada de la Covid-19", en AA.VV.: *Impacto del Covid-19 en materia laboral y de Seguridad Social*, Madrid (Francis Lefebvre), 2020.
- ARAÑA SUÁREZ, S.A. et alii: *Diagnósticos y prescripciones en salud mental, atención primaria e incapacidad laboral temporal*, www.mtin.es.
- ARRUGA SEGURA, M.C.: *La transformación digital en las relaciones laborales y en la organización del trabajo*, Madrid (La Ley), 2020.
- BARBA MORA, A.: *Incapacidades laborales y Seguridad Social*, Pamplona (Aranzadi), 2012.
- BARCELÓ FERNÁNDEZ, J.: "Absentismo laboral: la incapacidad temporal del trabajador como principal causa", en AA.VV (GARCÍA VIÑA, J. et altri): *La incapacidad temporal en el trabajo. Régimen jurídico laboral y su configuración desde el punto de vista del absentismo*, Madrid (Atelier), 2016.
- BLANCO FERÁNDEZ, S.; VELASCO RODRÍGUEZ, J. y GONZÁLEZ País, c.: "Despidos disciplinarios por fraude en las incapacidades temporales. ¿Qué simulamos y por qué?", *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 406, 2019.
- BLASCO PELLICER, A.: "El deber empresarial de vigilancia de la salud y el derecho a la intimidad del trabajador", *Trabajo y libertades públicas*, Madrid (La Ley), 1999.
- CARDONA RUBERT, M.B.: "Tutela de la intimidad informática en el contrato de trabajo", *Revista de Derecho Social*, núm. 6, 1999.
- CAVAS MARTÍNEZ, F.: "Breves consideraciones sobre la prevención de los riesgos psicosociales", en AA.VV (SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., Dir.): *Los riesgos psicosociales: teoría y práctica*, Pamplona (Aranzadi), 2006.
- CONDE COLMENERO, P.: "Facultades empresariales y de las Mutuas", en AA.VV (SEMPERE NAVARRO, A.V., Dir.): *Cuestiones en torno a la incapacidad temporal*, Madrid (Cinca), 2011.
- CRUZ VILLALÓN, J.: *Protección de datos personales del trabajador en el proceso de contratación: facultades y límites a la actuación del empleador*, Albacete (Bomarzo), 2019.
- DESDENTADO BONETE, A.: "Criterios judiciales para la calificación y revisión de las enfermedades del trabajo", en AA.VV.: *Jornadas sobre las enfermedades del trabajo: calificación y prevención*, Madrid (Muprespa), 1995.
- DIAZ DESCALZO, M^a.C.: "Los riesgos psicosociales en el trabajo: el estrés laboral, el síndrome del quemado y el acoso laboral. Su consideración como accidente de trabajo", *Revista de Derecho Social*, núm. 17, 2002.

VIGILANCIA Y CONTROL DE LA SALUD MENTAL DE LOS TRABAJADORES

- DÍAZ FRANCO, J.J.: "Psicopatología relacionada con alteraciones por quebrantamiento en la organización del trabajo", en AA.VV (COLLANTES, M.P. y MARCOS, J.I., Coords.): *La salud mental de los trabajadores*, Madrid (La Ley), 2012.
- DÍAZ RODRÍGUEZ, J.M.: "Detectives en el ámbito laboral: poder empresarial y prueba judicial", *Actualidad Laboral*, núm. 7, 2001.
- ESTEBAN LEGARRETA, R.: *Controles y límites de la incapacidad temporal*, Albacete (Bomarzo), 2019.
- FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: "Tratamiento y protección de datos de salud del trabajador en el ámbito de la prestación de servicios", en AA.VV (QUINTANA LÓPEZ, T., Dir.): *Proyección transversal de la sostenibilidad en Castilla y León. Varias perspectivas*, Valencia Tirant Lo Blanch), 2019.
- _____. *Prevención de riesgos laborales y empresa: obligaciones y responsabilidades*, Pamplona (Aranzadi), 2019.
- GARCÍA ORTEGA, J.: "El accidente de trabajo. Actualidad de un concepto centenario", *Tribuna Social*, núm. 109, 2000.
- GARCÍA SALAS, A.I.: *Necesidades empresariales y derechos fundamentales de los trabajadores*, Lex Nova (Valladolid), 2016.
- GARRIDO PÉREZ, E.: "La actuación de los detectives privados como instrumento de control empresarial", *Temas Laborales*, núm. 150, 2019.
- GÓMEZ CABALLERO, P.: "Las facultades de control del estado de salud del trabajador", *Temas Laborales*, núm. 150, 2019.
- GOÑI SEIN, J.L.: *La nueva regulación europea y española de protección de datos y su aplicación al ámbito de la empresa (incluido el Real Decreto Ley 5/2018)*, Albacete (Bomarzo), 2018.
- GONZÁLEZ BIEDMA, E.: "Uso de redes sociales y control empresarial", *Temas Laborales*, núm. 150, 2019.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*, Madrid (Trotta), 1996.
- HUNG, W.S. et al.: *Managing the risk of overusing mobile phones in the working environment: a study of ubiquitous techno-stress*, *PACIS 2011 Precedings Paper*, núm. 81, 2011.
- IGARTÚA MIRÓ, M.T.: "Digitalización, motorización y protección de la salud: más allá de la fatiga informática", en AA.VV (RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y TODOLÍ SIGNES, A., Dirs.): *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*, Pamplona (Aranzadi), 2020.
- JOVER RAMÍREZ, C.: *La incapacidad temporal para el trabajo*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2006.
- _____. "Incapacidad temporal y reducción del absentismo injustificado", *Temas Laborales*, núm. 106, 2010.
- JURADO SEGOVIA, A.: "Suicidio y accidente de trabajo: su calificación como acto derivado de una enfermedad del trabajo", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 183, 2016, pág. 313.
- KAHALE CARRILLO, D.T.: "Acoso laboral (*mobbing*): diferencias con las tensiones ordinarias del entorno de trabajo", *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, núm. 9, 2008.
- LLANEZA, P.: "Nuevas tecnologías y protección de datos", en AA.VV.: *Cómo hacer frente a los efectos legales y litigios derivados del covid-19*, Madrid (Wolters Kluwer), 2020.

VIGILANCIA Y CONTROL DE LA SALUD MENTAL DE LOS TRABAJADORES

- LÓPEZ BALAGUER, M. y TALENS VISCONTI, E.: "El seguimiento de las bajas por IT e IP en el ámbito privado en la doctrina de los tribunales", en AA.VV (TALENS VISCONTI, E.E. y VALLS GENOVAR, M.A., Dirs.): *La actividad de los detectives privados en el ámbito laboral*, Madrid (La Ley), 2020.
- LÓPEZ INSUA, B.M.: *La incapacidad temporal en el sistema de Seguridad Social*, Granada (Comares), 2014.
- MACÍAS GARCÍA, M.C.: "El modelo decente de seguridad y salud laboral. Estrés y tecnoestrés derivados de riesgos psicosociales como nueva forma de siniestralidad laboral", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Volumen 7, núm. 4, 2019.
- MARTÍN CHAPARRO, M^a P.; VERA MARTÍNEZ, J. J.; CANO LOZANO, M^a C. y MOLINA NAVARRETE, C.: "Nuevos retos de las políticas de salud laboral en las organizaciones de trabajo: una aproximación al estrés laboral y al *burn out* en clave psicosocial", *Temas Laborales*, núm. 75, 2004.
- MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: *Las enfermedades del trabajo*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2002.
- _____"Reflexiones en torno al Acuerdo Marco Europeo sobre el estrés en el trabajo", *Aranzadi Social*, núm. 22, 2005.
- _____"La tutela jurídica de los riesgos psicosociales por la Seguridad Social. Cuestiones pendientes", *Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 303, 2008.
- _____"La reparación de los daños psicofísicos a través de las prestaciones de Seguridad Social", en AA.VV (ÁLVAREZ CUESTA, H., Dir.): *Aspectos jurídicos de la salud mental de los trabajadores en Castilla y León*, Madrid (Reus-Eolas), 2016.
- MIÑARRO YANINI, M.: "El sistema de prevención de riesgos laborales como garantía de efectividad del derecho a la desconexión digital", en AA.VV (RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y TODOLÍ SIGNES, A., Dirs.): *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*, Pamplona (Aranzadi), 2020
- _____"La incidencia de las tecnologías de la información y de la comunicación en la seguridad y salud en el trabajo. Protección de datos y prevención de riesgos. Violencia tecnológica en el trabajo. Medios de prevención", *Documentación Laboral*, núm. 119, 2020, vol. 1.
- MOLINA NAVARRETE, C.: "Las implicaciones jurídicas de los riesgos profesionales de origen psicosocial: balance y perspectivas en el horizonte 2010", *Tribuna Social*, núm. 210, 2008.
- _____"Control tecnológico del empleador y derecho probatorio: efectos de la prueba digital lesiva de derechos fundamentales", *Temas Laborales*, núm. 150, 2019.
- "Redescubriendo el lado humano de los riesgos globales y su proyección en la actualidad jurídico-laboral: cuidar cabeza y corazones sin descuidar carteras", *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núms. 437-438, 2019.
- _____"La salud psicosocial, una condición de trabajo decente: el neotaylorismo digital en clave de pérdida de bienestar", en AA.VV (CORREA CARRASCO, . y QUINTERO LIMA, M.G., Coords.): *Los nuevos retos del trabajo decente: la salud mental y los riesgos psicosociales*, Madrid (Universidad Carlos III), 2020.
- MUÑOZ MOLINA, J.: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social*, Pamplona (Aranzadi), 2005.
- MUÑOZ RUÍZ, A.B.: "Protección de datos de los empleados ante el estado de alarma del Covid-19", en AA.VV.: *Impacto del Covid-19 en materia laboral y de Seguridad Social*, Madrid (Francis Lefebvre), 2020.

VIGILANCIA Y CONTROL DE LA SALUD MENTAL DE LOS TRABAJADORES

NAVARRO NIETO, F.: "Aspectos críticos en el tratamiento jurídico del acoso moral laboral", *Tribuna Social*, núm. 202, 2007.

NORES TORRES, L.E. y GOERLICH PESET, J.M.: "Protección de la privacidad digital: derecho a la desconexión e investigación en redes sociales", en AA.VV (TALENS VISCONTI, E.E. y VALLS GENOVAR, M.A., Dirs.): *La actividad de los detectives privados en el ámbito laboral*, Madrid (La Ley), 2020.

ORÓS MURUZÁBAL, M.: "Riesgos psicosociales", en AA.VV (RIVAS VALLEJO, P., Dir.): *Tratado médico-legal sobre incapacidades laborales. La incapacidad permanente desde el punto de vista médico jurídico*, Cizur Menor (Aranzadi Thomson), 2006.

PAYÁ CASTIBLANQUE, R. y CALVO PALOMARES, R.: "Sistemas de prevención y protección en el orden social sobre los riesgos emergentes de origen psicosocial en la economía digital", en AA.VV (RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y TODOLÍ SIGNES, A., Dirs.): *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*, Pamplona (Aranzadi), 2020.

PEDROSA ALQUEZAR, I.: *Vigilancia de la salud de los trabajadores. Aspectos clínicos y jurídicos de los reconocimientos médicos en el trabajo*, Madrid (La Ley), 1999.

PEIRÓ, J.M.: *Desencadenantes del estrés laboral*, Madrid (Pirámide), 2000.

POQUET CATALA, R.: *El actual poder de dirección y control del empresario*, Pamplona (Aranzadi), 2013.

_____"Vigilancia de la salud, poder de dirección empresarial y derecho a la intimidad del trabajador. Un triángulo conflictivo", *Lex Social*, Vol. 10, núm. 1, 2020.

RIVAS VALLEJO, J.: "Seguridad Social y riesgos psicosociales: su calificación como contingencia profesional", *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 12, 2004.

_____*La prevención de los riesgos laborales de carácter psicosocial*, Granada (Comares), 2009.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: "El control de la incapacidad temporal: su incidencia sobre la contención del gasto público y el aumento de la productividad empresarial", *Temas Laborales*, núm. 118, 2013.

_____"La promoción de la salud mental de los trabajadores ante la tecnificación de los procesos productivos: apunte sobre cuestiones pendientes", *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*, núm. 22, 2020.

RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, J.: "El derecho a la desconexión digital", *Diario La Ley*, núm. 9631, 2020.

RODRÍGUEZ MARÍN, J.: "Prólogo", a la obra de MARTÍNEZ SELVA, J.M.: *Estrés laboral. Guía práctica para empresarios y empleados*, Madrid (Prentice Hall), 2004.

RODRÍGUEZ PÉREZ, M.C.: "Accidente de trabajo y enfermedad profesional: aproximación desde la perspectiva de los riesgos psicosociales, en especial, el acoso laboral", *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 319, 2009.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "Las enfermedades del trabajo", *Relaciones Laborales*, T. II, 1995.

_____"Derechos fundamentales y Derecho del Trabajo en el contexto de la economía digital", *Revista Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 10, 2020.

VIGILANCIA Y CONTROL DE LA SALUD MENTAL DE LOS TRABAJADORES

- ROMERAL HERNÁNDEZ, J.: "Derecho a la intimidad del trabajador y reconocimientos médicos", *Comunicación presentada al XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Pamplona (Aranzadi), 2014.
- ROMERO RODENAS, M^a.J.: *Protección frente al acoso en el trabajo*, Albacete (Bomarzo), 2004.
- SALCEDO BELTRÁN, C.: "Intervención de detectives en las relaciones laborales", *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 368, 2013.
- SAN MARTÍN MAZZUCONI, C.: "La vigilancia del estado de salud de los trabajadores: voluntariedad y periodicidad de los reconocimientos médicos", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 53, 2004.
- _____"El despido del trabajador en situación de incapacidad temporal", en AA.VV (SEMPERE NAVARRO, A.V., Dir.): *Cuestiones en torno a la incapacidad temporal*, Madrid (Cinca), 2011.
- SÁNCHEZ PEGO, F.J.: "La intimidad del trabajador y las medidas de prevención de riesgos laborales", *Actualidad Laboral*, núm. 2, 1997.
- SÁNCHEZ PÉREZ, J.: "La delimitación conceptual del suicidio como contingencia profesional y su tutela jurisprudencial", *Actualidad Laboral*, núm. 9, 2013.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y KAHALE CARRILLO, D.T.: "Las enfermedades psicosociales y su consideración como enfermedad de trabajo", *Anales de Derecho*, 2016, núm. 1.
- SEMPERE NAVARRO, A.V.: "El estrés laboral como accidente de trabajo", *Aranzadi Social*, núm. 20, 2000.
- _____"La pandemia del covid-19 conmociona las relaciones laborales", *Revista Española de derecho del Trabajo*, núm. 231, 2020.
- TODOLÍ SIGNES, A.: "La evaluación de los trabajadores por parte de los clientes (la llamada 'reputación digital' y la prevención de riesgos laborales)", en AA.VV (RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y TODOLÍ SIGNES, A., Dirs.): *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*, Pamplona (Aranzadi), 2020.
- TOLOSA TRIBIÑO, C.: "Los nuevos riesgos laborales y su tratamiento en el ámbito sancionador y de la Seguridad Social", *Relaciones Laborales*, núm. 10, 2004.
- TONIATTI, R.: "Libertad informática y derecho a la protección de datos personales: principios de legislación comparada", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 29, 1991.
- VALLEJO DACOSTA, R.: *Riesgos psicosociales: prevención, reparación y tutela sancionadora*, Cizur Menor (Aranzadi Thomson), 2005.
- VELÁQUEZ FERNÁNDEZ, M.: *Impacto laboral del estrés*, Madrid (Lettera), 2005.
- WEIL, M.M. y ROSEN, L.: *Technostress: Coping with technology work home play*, Los Ángeles (J. Willey), 1997.

LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DURANTE EL PERIODO DE PRUEBA*

TERMINATION OF THE EMPLOYMENT CONTRACT DURING THE TRIAL PERIOD

Ángel Luis de Val Tena

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Zaragoza

adeval@unizar.es ORCID [0000-0003-3276-5983](https://orcid.org/0000-0003-3276-5983)

Recepción de trabajo: 10-03-2021 - Aceptación: 11-04-2021

- 1. INTRODUCCIÓN: SOBRE EL PACTO DE PRUEBA EN LA RELACIÓN DE TRABAJO. ■ 2. EL (RENOVADO) MARCO JURÍDICO DEL PERIODO DE PRUEBA. 2.1. El pacto de prueba en el contrato de trabajo: requisitos y contenido. 2.2. La relación laboral durante la fase de prueba.
- 3. LA FINALIZACIÓN DE LA FASE DE PRUEBA: EXTINCIÓN DEL CONTRATO O CONSOLIDACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL. 3.1. La extinción del contrato de trabajo durante el periodo de prueba. 3.1.1. Resolución del vínculo por mutuo acuerdo. 3.1.2. La dimisión del trabajador. 3.1.3. El desistimiento empresarial mientras transcurre la prueba. 3.1.3.1. Desistimiento *ad nutum* y no extinción causal. 3.1.3.2. Límites constitucionales a la libre resolución contractual: los derechos fundamentales del trabajador. La nulidad del desistimiento por razón de embarazo. 3.1.3.3. Requisitos temporales y formales; sobre la posibilidad de indemnizar al trabajador. 3.1.3.4. Desistimiento empresarial y prestación por desempleo: supuestos protegidos y acreditación de la situación legal de desempleo. 3.2. La continuidad de la relación de trabajo: superación del periodo de prueba y sus efectos jurídicos. ■ 4. CONSIDERACIONES FINALES.
- 5. BIBLIOGRAFÍA.

* Miembro del Grupo de Investigación de Referencia «Derecho del Trabajo» de la Universidad de Zaragoza (S18_20R), reconocido por el Gobierno de Aragón

RESUMEN

El periodo de prueba puede concertarse por escrito en el contrato de trabajo, como un pacto singular, con sujeción a los límites de duración que, en su caso, se establezcan en los convenios colectivos. Durante el periodo de prueba, la persona trabajadora tendrá los derechos y obligaciones correspondientes al puesto de trabajo que desempeñe como si fuera de plantilla, excepto los derivados de la resolución de la relación laboral, que podrá producirse a instancia de cualquiera de las partes durante su transcurso. El reconocimiento del desistimiento empresarial *ad nutum* sigue siendo la característica más sobresaliente del pacto de prueba, de ahí que se analicen en este trabajo sus condiciones y límites. Transcurrido el periodo de prueba sin que se haya producido el desistimiento, el contrato producirá plenos efectos.

PALABRAS CLAVE: contrato de trabajo, periodo de prueba, pacto escrito, desistimiento, derechos fundamentales, prestación por desempleo.

ABSTRACT

The trial period may be agreed on in writing in the employment contract, as a singular agreement, subject to the limits of duration which, as applicable, are established in the collective bargaining agreements. During the trial period, the worker shall have the rights and obligations corresponding to the work post occupied as though s/he formed part of the work force, except for those deriving from the dissolution of the labour relationship, which may take place at the request of either of the parties in the course of the probation. The recognition of the employer's withdrawal *ad nutum* remains the most outstanding feature of the trial agreement, which is why its conditions and limits are analysed in this paper. Once trial period has elapsed without withdrawal, the contract shall take full effect.

KEYWORDS: employment contract, trial period, written agreement, withdrawal, fundamental rights, unemployment benefit.

1. INTRODUCCIÓN: SOBRE EL PACTO DE PRUEBA EN LA RELACIÓN DE TRABAJO

Una relación de carácter laboral, a diferencia de otras de naturaleza distinta, nace para prolongarse durante cierto tiempo o, incluso, por tiempo indefinido, de manera que las condiciones particulares de los sujetos tienen una importancia trascendental para su continuidad y permanencia. De ahí que uno de los pactos típicos en el contrato de trabajo es aquel que somete a prueba la relación jurídica válidamente constituida¹.

Quienes son parte de la relación de trabajo pueden, si esa es su voluntad, estipular un periodo de prueba al inicio de la misma, cuya finalidad será el recíproco conocimiento en orden a valorar las aptitudes personales y profesionales de cada uno, para decidir la subsistencia o no del vínculo tras la experimentación *in situ* de las obligaciones asumidas; dicho con otras palabras, la razón de ser del instituto del periodo de prueba en el contrato de trabajo es "facilitar un medio o mecanismo ágil y eficaz de verificación tanto de las concretas condiciones de la ejecución del trabajo, como de la aptitud y de la adaptación del trabajador al trabajo contratado"². Por tanto, el pacto de prueba aparece como un medio para la consecución de un fin; facilita al empresario y al trabajador el ensayo práctico para confirmar si la relación iniciada satisface o no sus intereses, de manera que cumplidas las expectativas el contrato se consolida o, en caso contrario, es factible la ruptura del nexo contractual por cualquiera de los contratantes³, sin limitación de carácter causal.

Dos son las caras que presenta esta institución: por un lado, la finalidad de experimentación que se pretende y, por otro, la libre decisión sobre la consolidación de la relación; sobre todo destaca esta última, es la nota configuradora⁴ más sobresaliente. Ambos elementos están estrechamente unidos y sin ellos no podría entenderse el periodo de prueba.

1 Vid., ampliamente sobre el tema, De Val Tena, A. L., *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, Civitas, Madrid, 1998.

2 STS de 12 de julio de 2012 (RJ 2012, 9598). En términos de gestión de recursos humanos, la función institucional del periodo de prueba —añade la misma sentencia— podría formularse así: "en lugar o además de la información adquirida por el empresario y el trabajador en los tratos preliminares a la iniciación de la relación laboral, las partes de la relación individual de trabajo pueden disponer, de acuerdo con lo establecido en el artículo 14 LET, de un plazo o margen temporal para comprobar sobre el terreno que el contrato concertado satisface sus intereses respectivos", de manera que mediante esta comprobación en el curso de la relación de trabajo se ahorran los "costes de transacción" (de tiempo, de esfuerzo y de dinero) que pudiera comportar una comprobación o verificación exhaustiva o completa antes de su conclusión.

3 Vid., por todos, Rodríguez Piñero, M., "Naturaleza jurídica del periodo de prueba", en VV.AA., *Estudios en homenaje a Jordana de Pozas*, Instituto de estudios Políticos, T. III, Vol. 3, Madrid, 1961, págs. 107-109.

4 Vid. García Blasco, J.; Pedrosa Alquézar, S. I., "Extinción en el periodo de prueba", en VV.AA., *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, Comares, Granada, 2014, pág. 373.

LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DURANTE EL PERIODO DE PRUEBA

En efecto, si durante el ensayo de la prestación de servicios cualquiera de los contratantes advirtiera elementos negativos que dificultaran o, incluso, imposibilitaran la continuidad y no pudiera decidir la no subsistencia del vínculo previamente establecido, resultaría una institución inútil. La ventaja adicional consiste en evitar la consolidación de una relación contractual que para alguna o para ambas partes resulta insatisfactoria.

Se ha querido ver en el pacto de prueba una institución que se ofrece tanto en beneficio del empresario como del trabajador⁵:

- a. Ciertamente, desde la perspectiva del conocimiento mutuo advertimos un interés común en la prueba: para el trabajador, comprobar que tiene capacidad y aptitud para desempeñar la tarea propuesta y si, a la vez, le satisfacen las condiciones concretas en las que se desarrolla su labor, y para el empresario, además de cerciorarse sobre la idoneidad⁶ y aptitud técnica y personal del trabajador contratado, permite evitar los riesgos que conlleva una mala elección.
- b. Sin embargo, no ocurre igual al detenernos en la otra faceta que presenta el pacto de prueba, esto es, la libertad de resolución del nexo contractual, y ello porque el trabajador tiene garantizada aquella prerrogativa mientras se prolongue el contrato de trabajo, con la sola obligación de preavisar la ruptura⁷. En cambio, el reconocimiento de la facultad empresarial de desistimiento sin causa durante esta fase inicial del contrato de trabajo supone la atribución de un derecho añadido, del cual no dispone el empleador, en tanto la extinción del contrato de trabajo a instancia suya queda condicionada por la necesaria existencia de alguna de las causas tasadas en la ley, sin que figure entre estas el libre desistimiento⁸.

Precisamente, conforme se fue constriñendo la libertad de resolución del vínculo contractual a instancias del empleador y, al mismo tiempo, fortaleciendo el principio de estabilidad en el empleo

5 SSTS de 2 de febrero de 1983 (RJ 1983, 521), de 16 de abril de 1985 (RJ 1985, 1874) y 12 de marzo de 1987 (RJ 1987, 1395).

6 SSTS de 23 de octubre de 2008 (RJ 2008, 6970).

7 Cfr. artículo 49.1.d) LET.

8 Excepcionalmente, por su fundamento fiduciario extremo, en la relación laboral especial de alta dirección se reconoce la posibilidad de desistimiento del empresario como forma válida de extinción del contrato, debiendo mediar un preaviso y reconociéndole al trabajador alto directivo la indemnización pactada previamente —cláusula de blindaje— o, en su defecto, la reconocida reglamentariamente; asimismo, en la relación laboral especial del personal al servicio del hogar familiar se reconoce validez al desistimiento empresarial *ad nutum* como medio extintivo del contrato. Sobre el tema, respectivamente, vid. De Val Tena, A. L., *Los trabajadores directivos de la empresa. Consejeros y administradores, personal de alta dirección, empleados directivos*, Thomson Reuters Aranzadi, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2010, págs. 380 y ss., y Quesada Segura, R., *El contrato de servicio doméstico*, La Ley, Madrid, 1991, págs. 202-209; más reciente, tras la entrada en vigor del RD 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar (BOE de 17 de noviembre de 2011), vid. Ruano Albertos, S., *El régimen jurídico de los empleados de hogar*, Atelier, Barcelona, 2013, págs. 116 y ss.

LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DURANTE EL PERIODO DE PRUEBA

como principio básico del Derecho del Trabajo⁹, surgió como respuesta a este fenómeno la consolidación de la institución jurídica del periodo de prueba, incluyendo entre sus elementos constitutivos la recíproca potestad de extinguir el contrato sin tener que acudir a alguno de los procedimientos causales articulados por el legislador.

De lo señalado, bien podemos confirmar, la conexión del periodo de prueba con el régimen jurídico regulador de la extinción del contrato de trabajo¹⁰; es más, la trascendencia de aquel está estrechamente unida con la situación normativa, según ampare o no la libertad de resolución del nexo contractual laboral, puesto que de imperar la libre extinción del contrato carecería de fundamento el pacto de prueba.

Asimismo, otro factor que ha incidido en el asentamiento de la figura que tratamos en el ordenamiento laboral ha sido la manifiesta preferencia por el contrato de duración indefinida frente al contrato temporal. Desde luego, si la normativa laboral favoreciera la contratación temporal en pie de igualdad con la de carácter indefinido, es decir, sin limitarla a la existencia de determinadas causas o motivos, pudiendo las partes optar libremente por una u otra extensión de acuerdo con sus necesidades o intereses, la previsión de un periodo de prueba tendría menor importancia.

Una primera conclusión podemos adelantar en este instante: el condicionado recurso a la contratación temporal y la imposición de trabas legales a la libre resolución del nexo contractual por voluntad del empresario han sido dos elementos circunstanciales que han acrecentado la importancia del periodo de prueba como medio hábil para permitir la experimentación de la prestación de servicios por cuenta ajena durante la fase inicial de la relación a fin de desmarcarse de esta cuando no satisfaga la expectativas planificadas por las partes, principalmente del empresario, pudiendo dar por terminada la misma sin los condicionamientos formales y materiales exigidos como pauta general.

En fin, la finalidad de comprobar fehacientemente la aptitud y adaptación del trabajador al puesto y a la organización, eliminando el riesgo para la empresa que supondría la consolidación de una relación insatisfactoria, solo se consigue por medio del pacto de prueba insertado en el contrato, en la medida que permite dar vida a la prestación de servicios, con idénticos derechos y obligaciones que surgirían de no estipular tal pacto, aunque permaneciendo abierta durante una fase inicial delimitada temporalmente la facultad de desistimiento unilateral libre. Y es que la verificación precontractual —técnicas de selección de personal, pruebas teóricas y prácticas, ...— tiene más de predicción o pronóstico que de constatación, presentando graves insuficiencias en el terreno de la adaptación al puesto y a la organización funcional de la empresa.

9 Sobre la consolidación en nuestro ordenamiento del principio de estabilidad en el empleo, vid. Rivero Lamas, J., "Estabilidad en el empleo en el ordenamiento laboral español", *Revista de Política Social*, núm. 70, 1966, págs. 197 y ss., destacando cómo "la estabilidad en el empleo constituye, en sus diversas manifestaciones, una actuación de tutela jurídica para la conservación del puesto de trabajo ya conseguido por el trabajador" (pág. 213).

10 En este sentido, Durán López, F., "El periodo de prueba", *Relaciones Laborales*, T. I, 1988, págs. 1313-1314.

2. EL (RENOVADO) MARCO JURÍDICO DEL PERIODO DE PRUEBA

La normativa que regula el periodo de prueba no ha sido una excepción a la corriente reformadora que ha surcado nuestro sistema de relaciones laborales en las últimas décadas.

La amplia reforma de la legislación laboral, impulsada, entre otras, por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, que se modifica determinados artículos —entre otras normas— del Estatuto de los Trabajadores¹¹, significó sobre todo un cambio cualitativo, no tanto cuantitativo, en el marco normativo del pacto de prueba, en concreto del artículo 14 LET.

De menor entidad han sido, empero, las dos últimas modificaciones del precepto estatutario: una, introducida por el RD-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores¹², que, para los contratos temporales de duración determinada del artículo 15 LET concertados por tiempo no superior a seis meses, limita la extensión del período de prueba a un máximo de un mes, salvo que se disponga otra cosa en convenio colectivo, además de confirmar que las situaciones de paternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia pueden suspender el cómputo del periodo de prueba previo acuerdo entre las partes; otra, más reciente, incorporada por el 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 ocupación¹³, que acota un supuesto de nulidad —en el caso de las trabajadoras por razón de embarazo— del desistimiento empresarial y actualiza la redacción del precepto en aquel aspecto suspensivo, sustituyendo las referencias a la maternidad y paternidad por nacimiento y añadiendo la suspensión contractual por violencia de género.

2.1 El pacto de prueba en el contrato de trabajo: requisitos y contenido

Los sujetos del contrato de trabajo pueden recurrir al establecimiento expreso de un pacto de prueba como instrumento idóneo para el recíproco conocimiento y posterior valoración de la aptitud profesional del trabajador, así como de las características personales de cada uno.

En manos de los contratantes, dependiente de la voluntad de empleador y trabajador, está estipular en el contrato de trabajo un periodo de prueba. Cuando el artículo 14.1 LET comienza su enunciado diciendo que “podrá concertarse por escrito un periodo de prueba”, está declarando, en primer lugar, la voluntariedad de una cláusula contractual de esta naturaleza y, en segundo término, la necesaria documentación escrita.

¹¹ BOE de 23 de mayo de 1994.

¹² BOE de 21 diciembre 2013.

¹³ BOE de 7 de marzo de 2019.

LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DURANTE EL PERIODO DE PRUEBA

El momento hábil para la fijación del periodo de prueba será aquel que preceda al inicio de la relación laboral¹⁴, pudiendo ser estipulado a la vez que se celebra el contrato o en un momento anterior en el tiempo; si se concierta posteriormente, resulta nulo¹⁵. Es este un mecanismo implícito de garantía exigido por la legislación, precisamente por la contradicción sustancial con el principio de estabilidad en el empleo y sus consecuencias, al amparar la resolución contractual sin causa. Por la misma razón, todo pacto novatorio del tiempo de prueba acordado *ab initio*, también estaría viciado de nulidad, y ello aunque no se hubiera agotado la duración primera que se acordó.

El legislador ha exigido un requisito de forma que actuará como mecanismo de garantía, nos referimos a la forma escrita del pacto de prueba. Tal exigencia tiene aquí un “valor constitutivo puro”¹⁶ o, si se prefiere, es requisito *ad solemnitatem*¹⁷, de suerte que si no consta expresamente ha de considerarse inexistente. El periodo de prueba recogido en los convenios colectivos no tiene virtualidad directa¹⁸ y sus previsiones no son suficientes para entenderlo existente. Conforme a esta premisa, no se presume¹⁹ la celebración de un contrato de trabajo con periodo de prueba, ni siquiera cuando se realice una remisión genérica al convenio²⁰ o a la legislación aplicable a una determinada modalidad contractual²¹; tampoco si está previsto en las bases del concurso-oposición mediante el cual se seleccionará a un trabajador²². No sucede igual en el caso de pactar la sujeción a prueba del contrato,

14 STSJ de Cataluña de 22 de julio de 1992 (AS 1992, 4063), STSJ de Madrid de 28 de enero de 1993 (AS 1993, 349) y STSJ de Castilla y León/Valladolid de 19 de octubre de 1993 (AS 1993, 4496) y STSJ de Andalucía/Sevilla de 13 de junio de 1997 (AS 1997, 4544).

15 STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 24 de septiembre de 1997 (AS 1997, 3136).

16 Alonso García, M., *Curso de Derecho del Trabajo*, Ariel, 10ª ed., Barcelona, 1987, pág. 443.

17 Por todas, STS de 12 de marzo de 1987 (RJ 1987, 1395).

18 STS de 5 de octubre de 2001 (RJ 2001, 9590).

19 STSJ del País Vasco de 31 de octubre de 1989 (TSJ 1989, 1517).

20 Lo ha entendido también de esta manera la STSJ de Castilla La Mancha de 11 de abril de 1996 (AS 1996, 1377), tratando el caso de una remisión genérica al convenio colectivo aplicable, sin consignar expresamente periodo de prueba alguno; en la misma línea, STSJ de Cataluña de 13 de junio de 2019 (AS 2019, 1829).

21 El régimen jurídico del contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores —derogado [disp. derog. única 2.a) RD-ley 28/2018]— era el común del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, con la única excepción de la duración del periodo de prueba “que será de *un año* en todo caso” (art. 4.3 Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral). Sobre la constitucionalidad de esta amplia duración del periodo de prueba y su imperatividad, por todos, vid. De Val Tena, A. L., “La reforma laboral de 2012: sentencias TC 119/2014, de 16 de julio, y 8/2015, de 22 de enero”, en VV.AA., *El control de constitucionalidad de las normas laborales y de Seguridad Social*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2015, págs. 751-760; más reciente, De Val Tena, A. L., “La constitucionalidad de la reforma laboral de 2012 y su proyección sobre una próxima intervención del legislador”, en VV.AA., *Crisis económica y empleo: la experiencia judicial aplicativa de las últimas reformas laborales*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2021, págs. 773-779.

22 En particular, la STSJ de Cataluña de 19 de julio de 1997 (AS 1997, 3140) no admite la existencia de un periodo de prueba que no se recoja por escrito en el contrato, aunque las bases del concurso-oposición mediante el cual se seleccionó al trabajador sí contemplaban un periodo de prueba de seis meses.

LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DURANTE EL PERIODO DE PRUEBA

añadiendo que la duración será según convenio, pues en verdad el pacto existe completado con lo dispuesto por la regulación colectiva de aplicación²³.

En la —así conocida— reforma laboral de 1994 encontramos aspectos novedosos, por ejemplo, el relativo a la nulidad del pacto que establezca una fase de prueba en el contrato de un trabajador vinculado a la empresa desde tiempo atrás y para el desempeño de idénticas funciones. Sin embargo, el núcleo principal de las modificaciones legales gira alrededor de un eje común: la reordenación de las fuentes determinantes del régimen jurídico de la institución, en particular la distribución de ámbitos, que se refleja, también en este caso, en la potenciación del papel del convenio colectivo en orden a determinar uno —aunque no solo²⁴— de los elementos trascendentes de aquel: su extensión temporal.

La inclusión en el contenido del contrato de trabajo de un pacto o una cláusula que someta a prueba la relación laboral es potestad reconocida a las partes, únicamente a ellas. En efecto, trabajador y empresario pueden concertar por escrito un periodo de prueba, si bien no son libres para configurar a su conveniencia el conjunto de derechos y obligaciones vigentes en esa fase inicial de la relación de trabajo. El legislador altera el régimen extintivo general y común, permitiendo la extinción del contrato en cuanto concurra la voluntad unilateral de uno u otro, sin requerir el cumplimiento de requisitos formales o de fondo; a cambio, garantiza al trabajador los restantes derechos, incluida la igualdad de retribución. De no expresar la norma aquella posibilidad resolutoria del contrato, ningún efecto práctico tendría el periodo de prueba.

Antes de aquella modificación legislativa, el precepto legal estudiado regulaba de forma imperativa el tiempo máximo del periodo de prueba. Actualmente, el legislador atribuye al convenio colectivo la posibilidad de fijar los límites temporales del periodo de prueba en todos los supuestos sin excepción, también cuando la empresa tiene menos de veinticinco trabajadores. Se trata, de entrada, de una “deslegalización relevante”²⁵, pues solo en defecto de negociación colectiva sobre esta cuestión, la Ley determina con carácter supletorio la extensión máxima. La señalada “dispositivización”²⁶ o, mejor, “deslegalización relativa” de la duración del periodo de prueba fue la innovación más relevante que trajo la Ley 11/1994.

Ninguna otra referencia o llamada encontramos en la redacción del precepto. Ello es debido a que no hay necesidad de actuación de la norma convencional, en tanto la norma estatal tiene el grado de concreción suficiente para hacerse efectiva por sí misma, de forma directa. No obstante, algunos con-

23 Así, STSJ de Castilla y León/Burgos de 6 de febrero de 1996 (AS 1996, 351) y STSJ de Cataluña de 26 de enero de 1998 (AS 1998, 561). A la misma conclusión llega la STSJ de Baleares de 10 de octubre de 1997 (AS 1997, 4096) al validar una fórmula que concretaba la duración del periodo de prueba en “el máximo legal”, en tanto existía pacto solo que para determinar su contenido se debía averiguar la extensión máxima permitida por la normativa aplicable.

24 Vid. Gallego Moya, F., *El periodo de prueba en el contrato de trabajo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, págs. 81-82, que identifica las posibles normas *ad hoc* complementarias del régimen estatutario.

25 Rivero Lamas, J., “Estructuras y contenidos de la negociación colectiva en la Ley 11/1994 (Una aproximación interpretativa)”, *Documentación Laboral*, núm. 43, 1994, pág. 68.

26 Sala Franco, T., *La reforma del mercado de trabajo*, CISS, Valencia, 1994, pág. 249.

LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DURANTE EL PERIODO DE PRUEBA

venios colectivos introducen otra regulación complementaria en forma de garantías para el trabajador ante la extinción de la relación laboral por libre desistimiento empresarial; así, a modo de ejemplo, imponen la obligatoriedad de comunicar dicha decisión por escrito²⁷ o de hacérsela saber a los representantes legales de los trabajadores²⁸. Tal actuación ha de considerarse válida dada la libertad de contratación a que se refiere el artículo 85.1 LET, y ello porque se respeta totalmente el contenido imperativo o de derecho necesario de la ley, sin que tales requisitos alteren el régimen y naturaleza de la institución. La solución sería la contraria de incorporar cláusulas o requisitos *contra legem*.

Con todo, el papel otorgado a la voluntad de las partes como fuente normativa del periodo de prueba es, sin duda, relevante. De su voluntad concurrente depende la incorporación al contenido del contrato, su existencia misma. Al efecto, por escrito ha de constar el pacto de prueba, señalando su duración, que se sujeta a los límites imperativos marcados por el convenio colectivo de referencia o, en su defecto, a los establecidos en la LET. En lo restante, la autonomía individual queda sometida a la normativa de derecho necesario impuesta por la Ley. Por todo ello, el contenido del periodo de prueba está fuertemente condicionado por la regulación heterónoma estatal y, en menor medida, por la autonomía colectiva, tan solo en orden a su extensión temporal. Unos y otros límites se comprenden desde la perspectiva de la protección de los intereses de las partes, principalmente de los intereses del trabajador.

En suma, el inicio de una relación laboral no es condición suficiente para poder acordar válidamente una etapa de prueba, porque esta se tiene por nula si se demuestra que el empleador conocía perfectamente la capacidad y aptitud del trabajador contratado²⁹. La reiterada jurisprudencia³⁰ en este sentido tuvo acomodo legal tras la reforma de 1994, y así expresamente el artículo 14.1, párrafo tercero, LET manifiesta, con rotundidad, que “será nulo el pacto que establezca un periodo de prueba cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación”. Tan categórica previsión legal ha sido matizada por la doctrina jurisprudencial, de manera que la interpretación correcta es que el pacto probatorio será nulo “cuando el desempeño de las mismas funciones bajo cualquier modalidad contractual llegue a superar, singular o acumulativamente, el periodo total convencionalmente establecido para la prueba, siempre, claro está, que no quepa apreciar situaciones de fraude, discriminatorias o vulneradoras de derechos fundamentales”³¹, siendo lo relevante el espacio temporal del que las partes disponen para efectuar sus respectivas valoraciones.

27 Cfr., por todos, VI Convenio Colectivo General del sector de la Construcción (BOE de 26 de septiembre de 2017).

28 Cfr., entre otros, XIX Convenio Colectivo General de la Industria Química (BOE de 8 de agosto de 2018).

29 La interpretación jurisprudencial se fija, sobre todo, en la realización de las mismas funciones, de manera que cuando el empresario conoce la aptitud del trabajador, por haber prestado los iguales servicios con anterioridad, en el mismo centro de trabajo y con idénticos medios, aunque formalmente para distinto empresario [STS de 18 de enero de 2005 (RJ 2005, 2425)].

30 Entre otras, SSTs de 15 de noviembre de 1982 (RJ 1982, 6707), de 11 de noviembre de 1983 (RJ 1983, 5590) y de 25 de enero de 1987 (RJ 1987, 122).

31 STS de 20 de enero de 2014 (RJ 2014, 981).

El espíritu de la norma es evitar que, acreditada la idoneidad del trabajador, la empresa burle sus derechos o las normas que regulan la contratación temporal, estableciendo un período de prueba innecesario que solo persigue el fraude de ley, pero no impedir que se de una segunda oportunidad al trabajador³², cuando no ha acreditado su idoneidad para determinada labor, sea porque el período de prueba de un contrato anterior no se agotó, sea porque, incluso, la empresa no lo consideró apto en aquél momento³³.

2.2 La relación laboral durante la fase de prueba

La provisionalidad de la relación de trabajo mientras transcurre el tiempo de prueba no supone que el contrato despliegue efectos parciales en tanto no se consolide. Sin demora, las obligaciones respectivas del trabajador y del empresario —prestar los servicios convenidos y retribuirlos— nacen y son exigibles, de manera que el trabajador se integra en la plantilla y sobre su actividad detenta el poder de dirección el empresario al objeto de ordenar su prestación profesional conforme a los intereses generales de la organización productiva.

La interrupción del cómputo solo está prevista en las situaciones de incapacidad temporal, nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia y violencia de género, que afecten a la persona trabajadora durante la prueba, siempre que exista acuerdo en ese sentido entre ambas partes (art. 14.3, párrafo segundo, LET)³⁴. Como se observa, el legislador ha querido dar un tratamiento diferenciado a estas situaciones suspensivas contempladas en el artículo 45.1.c), d), e) y n) LET. Tales causas y las restantes contempladas por la Ley suspenden el contrato, con independencia de si la relación laboral está o no en una fase de prueba, lo que ocurre, y de ahí la especialidad, es que durante esas situaciones tasadas solamente queda interrumpido el cómputo —paréntesis contable³⁵— del periodo de prueba si las partes lo acuerdan así de manera expresa³⁶. La llamada al “acuerdo entre ambas partes” también

32 Sobre los distintos supuestos de “recontratación”, vid. Gallego Moya, F., *El periodo de prueba en el contrato de trabajo*, cit., págs. 197-207.

33 STS de 23 de octubre de 2008 (RJ 2008, 6970), que añade: “cuando el periodo de prueba no transcurrió por completo por causa imputable al trabajador que desistió del contrato antes de tiempo, puede luego celebrarse otro contrato en el que se pacte un nuevo periodo de prueba, ya que el anterior no sirvió para acreditar la idoneidad del empleado que, realmente, no puede decirse que superara la prueba, pues no dio opción a que el patrono se pronunciara al respecto”.

34 Redacción dada por el artículo 25 del 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.

35 STS de 12 de diciembre de 2008 (RJ 208, 257).

36 Nótese que no se dice que el acuerdo se formalice por escrito; sin embargo, conviene que así conste para evitar controversias en un momento dado. Abiertamente, a favor de la necesidad de la forma escrita, vid. Torollo González, F. J., “Extinción del contrato en periodo de prueba”, en VVAA, *Estudios sobre el despido, Homenaje al profesor A. Montoya Melgar en sus veinticinco años de Catedrático de Derecho del Trabajo*, Universidad de Madrid-Facultad de Derecho, Madrid, 1996, pág. 333. También, con una exposición clara de la doctrina judicial y la jurisprudencia, García Blasco, J.; Pedrosa Alquézar, S. I., “Extinción en el periodo de prueba”, cit., págs. 373-374.

LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DURANTE EL PERIODO DE PRUEBA

significa la exclusión de la posibilidad de suspender dicho cómputo por estipulación directa del convenio colectivo³⁷.

La normativa reguladora del periodo de prueba no prevé nada expresamente para las demás situaciones suspensivas del contrato de trabajo. *A sensu contrario*, haya o no pacto al respecto, las causas de suspensión, todas excepto las enumeradas en el artículo 14.3 LET, suspenden directamente la fase de prueba y, por ende, la facultad extintiva que implica³⁸, y ello porque la necesidad de acuerdo para la interrupción del cómputo es excepcional, no aplicable analógicamente al resto de supuestos de suspensión de la relación laboral³⁹.

El legislador, considerando la provisionalidad de la relación laboral y la posición menos estable del trabajador, ha querido insistir en el reconocimiento de los mismos derechos y obligaciones que si se tratara de una relación contractual concertada sin periodo de prueba. Lógicamente, la contratación de un trabajador en esas condiciones alguna incidencia puede tener en la conformación y ejecución de la prestación laboral.

Una primera cuestión es delimitar el grado de rendimiento exigible al trabajador al inicio y durante la fase de prueba, en tanto el empresario deberá considerar que aquel se encuentra en una etapa de adaptación al puesto de trabajo, en particular, y a la organización productiva, en general. En segundo lugar, se tendrá en cuenta la conducta del trabajador, su disposición para realizar satisfactoriamente los cometidos inherentes al puesto de trabajo. Ambos elementos, de carácter objetivo uno y subjetivo el otro, han de ser valorados, junto a otros, por el empleador a fin de decidir la consolidación o no de la relación laboral.

En tanto durante el periodo de prueba se prestan servicios por cuenta ajena, el trabajador tiene derecho a percibir una retribución por los mismos. La atribución genérica de los derechos y obligaciones correspondientes al puesto de trabajo impide dar un trato discriminatorio a los trabajadores a prueba respecto de otros que ocupan igual puesto de trabajo. Queda, por tanto, prohibida toda distinción de tipo económico, fundada exclusivamente en la condición de trabajador sujeto a prueba⁴⁰. Al contrario, ningún inconveniente habrá para la no aplicación de determinados complementos salariales establecidos sobre la base de circunstancias personales del trabajador o de permanencia en la empresa. Y de la misma manera, si en la empresa funciona un sistema de remuneración por rendimiento, mientras el trabajador a prueba no alcance niveles similares a los de sus compañeros recibirá una retribución menor, respetando los mínimos.

37 STSJ de Madrid de 10 de octubre de 1995 (AS 1995, 3896).

38 Sin embargo, la STS de 12 de diciembre de 2008 (RJ 208, 257) sostiene —es verdad que en un caso de suspensión pactada por incapacidad temporal— que la facultad empresarial de desistir del contrato no queda enervada por la existencia de la suspensión del cómputo del periodo de prueba, aceptando una interpretación meramente literal del precepto.

39 Vid. Cruz Villalón, J., "Problemas prácticos del periodo de prueba", *Revista de Política Social*, núm. 148, 1985, pág. 198.

40 STS de 15 de febrero de 1990 (RJ 1990, 1091).

LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DURANTE EL PERIODO DE PRUEBA

Añadir, finalmente, que la preocupación del legislador por los intereses del trabajador va más allá del desarrollo temporal del periodo de prueba, ya que, finalizado con éxito, sin que se haya producido la extinción de la relación de trabajo, el contrato se consolida “computándose el tiempo de los servicios prestados en la antigüedad de la persona trabajadora en la empresa” (art. 14.3 LET). Que se reconozca esta circunstancia es consecuencia directa de la aplicación del principio constitucional de igualdad de trato, y al mismo tiempo, en otro plano distinto, pone de manifiesto la identidad del contrato sometido a prueba y de la relación jurídica una vez superada la provisionalidad, de ahí que el tiempo de prestación de servicios se tenga en cuenta a todos los efectos, y no solo para el reconocimiento del derecho a la percepción del complemento de antigüedad, cuando exista.

Durante el periodo de prueba se impone *ex lege* un deber de experimento, que consiste en la obligación, para el empresario y el trabajador, de realizar las experiencias constitutivas del objeto de la prueba (art. 14.1, párrafo segundo, LET). Nada más se especifica sobre tal deber recíproco, ni acerca de su contenido ni de cuáles son las consecuencias de su incumplimiento. En efecto, esta obligación se debe poner en relación con el fin propio del pacto de prueba, que es la constatación de las aptitudes laborales del trabajador, así como el mutuo conocimiento de las partes en el plano estrictamente personal. Y es que difícilmente se alcanzarán esos objetivos si no se experimenta, *de facto*, la relación laboral convenida.

Precisamente, nuestro ordenamiento jurídico silencia los efectos de la inobservancia del deber de experimento; es más, tampoco se perciben con claridad cuáles directos puedan ser⁴¹, puesto que no condiciona la extinción de la relación laboral a prueba, dando plena libertad a las partes (art. 14.2 LET). Por lo tanto, no es posible encontrar un nexo de unión entre el deber de experimento y la posibilidad de dar por concluido el contrato de trabajo durante el transcurso de la prueba. Ante esta tesitura, los efectos jurídicos derivados del incumplimiento de este deber tendrán una relevancia menor. Si este último se niega a realizar la prueba, pese a la firma del contrato, el empleador hará uso de la facultad de desistimiento, salvando de inmediato los posibles perjuicios desencadenados por esa inesperada pasividad. Por el contrario, cuando el empleador no facilite la prestación efectiva de servicios o incluso la impida, el trabajador puede optar por permanecer en su puesto de trabajo o rescindir el contrato⁴².

Caso de que el contrato de trabajo sometido a prueba no se extinga durante el transcurso del tiempo pactado, el incumplido deber de experimento tiene un efecto indirecto⁴³ sobre la relación laboral consolidada: la imposibilidad de alegar la ineptitud originaria como causa de despido objeti-

41 Alonso Olea, M.; Casas Baamonde, M^a. E., *Derecho del Trabajo*, Civitas, 26^a ed., Madrid, 2009, pág. 332.

42 Podría accionar, incluso, la vía del artículo 50.1.c) LET; en este sentido, Barreiro González, G., “El periodo de prueba”, en Borrajo Dacruz, E. (Dir.), *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, EDESA, T. IV, Madrid, 1983, pág. 58.

43 Vid. Cruz Villalón, J., “Problemas prácticos del periodo de prueba”, cit., pág. 203.

vo [art. 52.a) LET], de modo que, si la ineptitud preexistente no se conoce por no realizar la prueba, la falta de conocimiento de la misma debe imputarse al empresario.

3. LA FINALIZACIÓN DE LA FASE DE PRUEBA: EXTINCIÓN DEL CONTRATO O CONSOLIDACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL

La singularidad más destacada del periodo de prueba es permitir “la resolución de la relación laboral, que podrá producirse a instancia de cualquiera de las partes durante su transcurso” (art. 14.2 LET). Mientras se desarrolla la fase de prueba pactada, el legislador faculta a las partes contratantes para que decidan sobre la continuidad o no de la relación contractual recién iniciada; ahora bien, concluido aquel periodo “sin que se haya producido desistimiento, el contrato producirá plenos efectos” (art. 14.3 LET).

En consecuencia, son dos las alternativas previstas: una, que la prestación de servicios se desarrolle con normalidad y, tras superar el plazo temporal previsto sin que el trabajador o el empresario hayan hecho uso de su facultad rescisoria, se consolide el contrato de trabajo sometido voluntariamente a prueba; otra, que uno u otro, o los dos de mutuo acuerdo, ejerciten aquella facultad, dando por finalizada, simultáneamente, la fase de prueba y la relación laboral.

Aun no señalada, cabe una tercera posibilidad, en tanto los contratantes, concurriendo la voluntad de ambos, pueden dar por finalizado el periodo de prueba *ante tempus*, sin poner fin al mismo tiempo al nexo contractual, con lo cual, simplemente, están renunciando a la facultad de desistimiento ex artículo 14.2 LET, aplicándose desde ese instante las normas generales sobre extinción del contrato de trabajo. Y ello porque “el efecto de la prueba se limita a proteger esa facultad de rescisión de las partes, o aún más a no proteger la estabilidad de la relación limitando el poder de rescisión unilateral”⁴⁴.

Cumplido el plazo de prueba señalado en el contrato, este continúa en su ejecución sin necesidad de que las partes manifiesten expresamente su voluntad conforme de proseguir con sus obligaciones respectivas. Dicha voluntad está implícita al no haber actuado en su tiempo la potestad de desistimiento. En definitiva, la no consolidación del vínculo laboral solo sucederá cuando cualquiera de los sujetos contratantes haga saber al otro su decisión firme de finalizar la relación.

44 Rodríguez Piñero, M., “Naturaleza jurídica del periodo de prueba”, cit., pág. 109.

3.1 La extinción del contrato de trabajo durante el periodo de prueba

El reconocimiento del desistimiento empresarial *ad nutum* sigue siendo la característica más sobresaliente del pacto de prueba. Desde su aparición en 1911 con la regulación del contrato de aprendizaje, y su posterior consolidación en el ordenamiento laboral, primero en la normativa sectorial y después a nivel legal⁴⁵, el periodo de prueba faculta al empresario para desistir de la relación contractual constituida mientras que aquel no se agote.

La singularidad, por tanto, del contrato de trabajo con periodo de prueba consiste en que mediante pacto se incorpora una excepción al régimen general extintivo del contrato de trabajo por despido del empresario o por resolución causal del trabajador, esto es, también por despido indirecto. Y es que, si la norma legal no reconociera la posibilidad de libre desistimiento, ninguna consecuencia práctica tendría esta facultad extintiva acausal por el mero hecho de recogerla las partes en el contrato como condición resolutoria⁴⁶ o como causa válidamente consignada en el contrato⁴⁷, porque sería contraria al principio de irrenunciabilidad de derechos que asiste al trabajador.

Asimismo, también será posible la ruptura del vínculo laboral a través de otras fórmulas validadas por el legislador (arts. 49 y ss. LET), en tanto estamos ante un verdadero contrato de trabajo con la sola particularidad de estar sometido inicialmente a prueba.

Veamos, a continuación, las especialidades que plantea la extinción de la relación laboral durante la fase de prueba.

3.1.1 Resolución del vínculo por mutuo acuerdo

La decisión de extinguir la relación laboral mientras transcurre la prueba puede responder al acuerdo de empleador y trabajador o a la voluntad unilateral de uno de los contratantes.

Lógicamente, si cualquiera de ellos puede resolver el contrato durante el transcurso del periodo de prueba, con mayor razón será factible si concurre la voluntad conjunta de ambos, máxime cuando el artículo 49.1.a) LET ampara la extinción del contrato por mutuo acuerdo. La diferencia estriba en que la libertad de resolver el contrato contemplada por el artículo 14.2 LET solo es lícita durante el transcurso del periodo de prueba⁴⁸, esto es, una vez comenzado y no después de su finalización, mientras la causa de extinción general del artículo 49.1.a) LET también permite la extinción una vez

⁴⁵ *In extenso*, De Val Tena, A. L., *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, cit., págs. 31 y ss.

⁴⁶ SSTs de 6 de febrero de 2009 (RJ 2009, 621) y de 14 de mayo de 2009 (RJ 2009, 3001); también, STSJ de Cataluña de 4 de mayo de 2018 (AS 2018, 1792).

⁴⁷ STS de 12 de julio de 2012 (RJ 2012, 9598).

⁴⁸ Señalaba Alonso García, M., *Curso de Derecho del Trabajo*, Ariel, 6ª ed., Barcelona, 1983, pág. 395, que fuera del mutuo acuerdo "no cabría la resolución del contrato con anterioridad a la iniciación de la prueba, sin haber realizado esta. El incumplimiento de esta obligación dará lugar a la exigibilidad de los daños y perjuicios que por el mismo se hubieran podido causar". En el mismo sentido, BARREIRO GONZALEZ, G., "El periodo de prueba", cit., págs. 75-76.

agotada la misma. El elemento diferencial está, por tanto, en el limitado ámbito temporal —la propia duración del periodo de prueba— de la resolución contractual por el acuerdo interpartes, si bien este resorte extintivo permanece abierto una vez concluida la fase de prueba sobre la base del precepto común citado, siendo idénticos los efectos.

3.1.2 La dimisión del trabajador

Al margen de la extinción del contrato por mutuo acuerdo, durante el periodo de prueba ambas partes, por separado, tienen reconocida *ex lege* la facultad de desistimiento. Propiamente, al trabajador se le está reconociendo la facultad de dimitir, que, como se sabe, ostenta en todo momento⁴⁹, con independencia de que se incluya en el contrato una cláusula de prueba. En efecto, la simple dimisión consiste en la voluntad inequívoca expresada por el trabajador de poner fin a la relación de trabajo, sin invocar al respecto causa específica, de manera que el motivo de la decisión “no es otra que la voluntad del trabajador, libre en su determinación y, en consecuencia, motivada o no por criterios, los que se dejan a su discrecionalidad”⁵⁰.

A esta voluntad del trabajador como causa extintiva, basada en el libre y único deseo de abandonar el puesto de trabajo, se refiere en artículo 49.1.d) LET cuando, al tratar de las causas generales de finalización del contrato, hace expresa mención a la dimisión del trabajador, reconociendo así eficacia extintiva a su voluntad, sin que esta haya de encontrar su fundamento en motivo alguno. El asidero de tal reconocimiento no es otro que la existencia de voluntariedad en la prestación de servicios, derivada propiamente del reconocimiento del derecho a la libertad profesional por el artículo 35.1 CE, que es el bien jurídicamente protegido cuando se reconoce a la voluntad del trabajador validez en orden a finalizar una relación contractual de carácter laboral⁵¹.

En el plano sustantivo, nada nuevo añade la regla especial del artículo 14.2 LET. Cabe destacar, no obstante, que en el aspecto procedimental desaparece todo requisito formal, al eliminar la necesidad de preavisar al empresario, de manera que el trabajador podrá extinguir el contrato automáticamente, sin respetar preaviso alguno⁵².

49 Cfr. artículo 49.1.d) LET.

50 García Fernández, M., *La terminación del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*, Facultad de Derecho-Universidad de Palma de Mallorca, Palma de Mallorca, 1983, pág. 52.

51 Vid. Albiol Montesinos, I., “Dimisión del trabajador”, en Borrajo Dacruz, E. (Dir.), *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, EDESA, T. IX, Vol. 1º, Madrid, 1983, pág. 166. Como ya reparó García Fernández, M., *La terminación del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*, cit., pág. 47, “la configuración de la dimisión del trabajador, no obstante, obedece hoy a esta atribución de libertad plena en la disponibilidad de la relación como medio de tutela de la propia libertad del trabajador”.

52 STS de 12 de julio de 2012 (RJ 2012, 9598) y STSJ de Castilla y León/Burgos de 21 de marzo de 2018 (AS 2018, 1128). En la doctrina, Cruz Villalón, J., “Problemas prácticos del periodo de prueba”, cit., pág. 207.

Únicamente vendrá limitada la libertad de dimisión del trabajador por la existencia de un pacto de permanencia en la empresa, tras la especialización profesional recibida a cargo de esta, pues de admitirse también en este supuesto «podría llegarse a situaciones inequitativas, como sería el caso de que el trabajador, al tiempo de la finalización del periodo de prueba y adquirida la especialización profesional para poner en marcha proyectos determinados o realizar trabajos específicos, desistiese de aquella, lo que a su vez produciría la contradicción de la finalidad global que presidió la contratación: la permanencia del trabajador en la empresa»⁵³.

Obviamente, si el trabajador abandona el puesto de trabajo pese al pacto de permanencia, el empresario tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios que le hubiera causado tal decisión⁵⁴. No aceptar, en este supuesto, la responsabilidad del trabajador conduciría al absurdo⁵⁵: una empresa satisface los gastos de especialización de un trabajador y luego este aprovecha los nuevos conocimientos para ingresar inmediatamente, sin sujeción al tiempo pactado y sin responsabilidad, en otra compañía, después de desistir del contrato con la primera aprovechando la oportunidad que le brinda el pacto de prueba estipulado.

3.1.3 El desistimiento empresarial mientras transcurre la prueba

Si, como regla general, el trabajador puede ejercitar en todo momento la facultad de dimisión, el empresario, en cambio, solo tiene reconocida la potestad de desistimiento mientras está vigente el periodo de prueba. Este dato es revelador del mayor beneficio que presenta aquel pacto para uno de los contratantes, al adquirir temporalmente un derecho excepcional, no homologado tras la consolidación de la relación jurídico-laboral. Y ello porque, en la relación común de trabajo, entre las causas tasadas de extinción del contrato por voluntad del empresario no figura el simple desistimiento.

3.1.3.1. Desistimiento ad nutum y no extinción causal

La extinción del contrato por decisión empresarial con ocasión del periodo de prueba ha planteado en la doctrina especializada el interrogante sobre su naturaleza: si puede ser o no calificado como acto de despido y, en particular, si tal decisión extintiva debe estar fundada en un motivo suficiente o basta para su justificación la sola voluntad del empleador. En el fondo, la respuesta que se formule va a tener interés teórico y también trascendencia práctica⁵⁶.

⁵³ Barreiro González, G., "El periodo de prueba", cit., pág. 77.

⁵⁴ Al respecto, vid. De Val Tena, A. L., "Límites legales y convencionales a la libertad de contratación del trabajador", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 18, 1995, pág. 65. Sobre los factores que pueden incidir para cuantificar la indemnización de daños y perjuicios, Alfonso Mellado, C. L., *Indemnizaciones entre empresarios y trabajadores antes y durante la relación laboral*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, pág. 79.

⁵⁵ STS de 14 de febrero de 1991 (RJ 1991, 837).

⁵⁶ Vid. Martín Valverde, A., *El periodo de prueba en el contrato de trabajo*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1976, págs. 268-269.

LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DURANTE EL PERIODO DE PRUEBA

De calificarlo como despido, se estaría reconociendo una clase especial de despido “por resultado insatisfactorio de la prueba” y consecuentemente, en el terreno práctico, aquella calificación se traduciría “en la atracción hacia el mismo de todas aquellas porciones del bloque normativo del despido que no sean incompatibles con las funciones manifiestas del instituto”⁵⁷. En todo caso, exigiría una garantía formal —comunicación escrita, preaviso, ...— y una causa que legitimara la extinción del contrato, bien referida a la conducta o condiciones del trabajador, bien a otras circunstancias que incidan en la ejecución de la prestación de servicios.

Quienes incluyen la extinción de la relación laboral durante el periodo de prueba en la categoría genérica de despido⁵⁸, parten de un concepto amplio de este, entendido como “decisión unilateral del empresario que extingue la relación laboral”⁵⁹, es decir, omnicomprendivo de todos los supuestos en que la decisión extintiva del empleador alcanza relevancia jurídica.

Dando un paso más, consideran que el despido del trabajador a prueba debe responder a una justa causa, rechazando la resolución *ad nutum*. En efecto, sostienen la tesis de la causalidad del despido por resultado desfavorable de la prueba, por ser conforme al principio de estabilidad en el empleo y porque evita la utilización desviada del instituto.

Atendiendo al fundamento y finalidad del periodo de prueba, el ámbito funcional del poder resolutorio empresarial en estas circunstancias quedaría circunscrito a la esfera de la aptitud profesional⁶⁰, identificando la falta de aptitud y/o adaptación del trabajador a la actividad contratada como causa específica de despido en la fase de prueba⁶¹, que podría consistir en la realización defectuosa de la prestación laboral o en una disminución cuantitativa del rendimiento comparado con el de otros trabajadores que desarrollan su trabajo en las mismas condiciones. No obstante, la valoración

57 *Ibidem* nota anterior. El mismo planteamiento, hasta sus últimas consecuencias, defiende Piqueras Piqueras, M. C., *La extinción del contrato durante el periodo de prueba como despido*, Ed. *Ibidem*, Madrid, 1995, págs. 9 y ss.

58 Así, Martín Valverde, A., *El periodo de prueba en el contrato de trabajo*, cit., págs. 270-274; Barreiro González, G., “El periodo de prueba”, cit., pág. 78; Piqueras Piqueras, M. C., *La extinción del contrato durante el periodo de prueba como despido*, cit., págs. 30-33. No obstante, Martín Valverde, A., “Periodo de prueba”, en VVAA., *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, T. III, Madrid, 1995, pág. 4848, introduce una modificación trascendente en su posición inicial, afirmando que, “a diferencia de lo que ocurre en la relación de trabajo que ha superado el periodo de prueba, el empresario no tiene necesidad en la extinción del contrato de trabajo durante su transcurso de alegar y acreditar la existencia de causa justificada de la decisión extintiva. Pero este muy amplio margen de la extinción del contrato de trabajo a prueba tiene el límite, de acuerdo con la jurisprudencia, del abuso de derecho o fraude de ley, y del respeto a los derechos fundamentales del trabajador”.

59 STS de 30 de marzo de 1995 (RJ 1995, 2352). En la doctrina, Alonso Olea, M., *El despido. Un estudio de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, pág. 9, lo calificó como “acto unilateral del empleador que tiene por efecto constitutivo la extinción para el futuro de la relación de trabajo”.

60 Vid. Piqueras Piqueras, M. C., *La extinción del contrato durante el periodo de prueba como despido*, cit., pág. 42.

61 Así lo afirma Martín Valverde, A., *El periodo de prueba en el contrato de trabajo*, cit., pág. 282.

LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DURANTE EL PERIODO DE PRUEBA

del rendimiento se llevaría a cabo con un criterio flexible⁶², en tanto el cumplimiento del nivel exigido sería distinto al de un trabajador no sometido a prueba⁶³.

Al defender la causalidad del desistimiento del empresario durante la fase de prueba en los términos expuestos, se están predicando, en suma, la valoración de la prestación laboral del trabajador, lo cual inevitablemente enlaza con el deber de realizar las experiencias que constituyan el objeto de la prueba (art. 14.1, párrafo segundo, LET); caso de no cumplir el deber de experimento, no existirá objeto de valoración, y el despido decidido por el empresario sería fraudulento o abusivo a tenor de los artículos 6.4 y 7.2 del CC. En la misma línea, para que la valoración no sea arbitraria o injustificada, tendría que darse al trabajador oportunidad de demostrar su aptitud y adaptación al puesto de trabajo durante tiempo suficiente⁶⁴; de lo contrario, esto es, si la duración de la prueba es muy breve el empleador no estará en condiciones de reunir, por falta de tiempo, elementos de juicio bastantes sobre la idoneidad del trabajador⁶⁵.

Tal hipótesis causalista postula, igualmente, la necesidad imperativa de respetar ciertas formalidades, pese a que nada dice el precepto legal, pues esas formalidades —preaviso y comunicación escrita, señalando la causa— no tienen otra finalidad que garantizar las posibilidades de defensa del trabajador⁶⁶. Asimismo, afirman el control judicial de la decisión empresarial, puesto que, si se obliga a efectuar las experiencias objeto de la prueba, no parece coherente consentirle una valoración arbitraria e incontrolable de las mismas⁶⁷. En última instancia, serán los Tribunales los que “en razón a la equidad y conforme a las circunstancias del caso concreto deban estimar la procedencia o no de una decisión tal del empresario, actuando como mecanismo de control de la misma, en orden a

62 Al respecto, Piqueras Piqueras, M. C., *La extinción del contrato durante el periodo de prueba como despido*, cit., págs. 42-43, señala que “es precisamente este criterio, el de la flexibilidad, el que ha de servir para diferenciar las causas de extinción del contrato de trabajo durante y con ocasión del periodo de prueba, de otros modos de extinción que tengan una relación directa con el rendimiento del trabajador, sea voluntario o involuntario (despido disciplinario y despido objetivo por las causas a, b. y d. del art. 52 LET) en el sentido de que las causas que pueden motivar aquel no están legal ni objetivamente tasadas, por lo que la facultad resolutoria empresarial puede ejercitarse en el ámbito de una esfera mucho más amplia que aquella en la que pueden actuar el despido disciplinario y el objetivo”.

63 Con palabras de Barreiro González, G., “El periodo de prueba”, cit., pág. 84, debe quedar claro que “ni la causalidad ni la gravedad de la conducta del trabajador viene determinada o valorada en los mismos parámetros en una relación de trabajo definitiva que en aquella otra de trabajo a prueba”.

64 Cuál sea el tiempo mínimo de prueba para que el despido por resultado insatisfactorio de la prueba no pueda ser calificado de precipitado dependerá de cada supuesto, si bien “no parece aventurado afirmar que el momento oportuno del desistimiento empresarial durante dicho periodo ha de aproximarse, tendencialmente, al momento de terminación del mismo” (Martín Valverde, A., *El periodo de prueba en el contrato de trabajo*, cit., pág. 284).

65 En opinión de Durán López, F., “El periodo de prueba”, cit., pág. 1324, “esta interpretación se refuerza si consideramos la introducción del «deber de experimento», que, si no se quiere vaciar de significado, debe implicar que el empresario no interrumpa la experimentación antes de adquirir elementos de juicio suficientes sobre la idoneidad del trabajador”.

66 Así lo pone de manifiesto Piqueras Piqueras, M. C., *La extinción del contrato durante el periodo de prueba como despido*, cit., págs. 47 y ss.

67 Vid. Martín Valverde, A., *El periodo de prueba en el contrato de trabajo*, cit., pág. 276.

LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DURANTE EL PERIODO DE PRUEBA

evitar situaciones injustas tanto para este como para el trabajador por ser constitutivas de abuso de derecho, ejercicio antisocial del mismo, o de situaciones discriminatorias”⁶⁸.

A pesar del esfuerzo doctrinal, no es admisible identificar la facultad extintiva otorgada al empresario mientras transcurre la prueba con el despido. La ley elude intencionadamente la utilización del término despido al instituir esta forma de extinción contractual⁶⁹; alude, en efecto a “la resolución de la relación laboral” a instancia de cualquiera de las partes o al “desistimiento”. Ciertamente, al referirse en estos términos equívocos a la facultad de extinguir unilateralmente la relación laboral durante la prueba, el legislador introduce cierta confusión, en tanto la resolución y el desistimiento determinan una capacidad extintiva de las partes diversa en su fundamentación y en sus efectos⁷⁰. La resolución es un acto extintivo no enteramente libre, sino causal, que requiere de un modo indubitado una falta grave de las obligaciones contractuales⁷¹; por lo tanto, la resolución empresarial se ampararía en una previa prestación defectuosa de trabajo o en un cumplimiento insatisfactorio de la obligación del trabajador⁷². Por contra, el desistimiento autoriza a una de las partes de la relación obligatoria a poner fin a la misma por su libre determinación⁷³, de manera que el empresario *motu proprio* puede decidir la extinción del vínculo contractual durante la fase de prueba por cualquier causa, meramente subjetiva⁷⁴, o, incluso, sin ella⁷⁵.

Que el legislador de 1980 mantuvo una posición contraria a identificar el desistimiento empresarial durante la fase de prueba con el resultado insatisfactorio de esta, esto es, que la extinción contractual solo tendría lugar como consecuencia de una valoración negativa de la prueba misma, lo corrobora

68 Barreiro González, G. “El periodo de prueba”, cit., pág. 83. En una posición intermedia, López Gandía J., “Artículo 14.- Periodo de prueba”, en Borrajo Dacruz, E. (Dir.), *El Estatuto de los Trabajadores, Comentarios a la Ley 8/1980, de 10 de marzo*, EDESA, Madrid, 1981, págs. 100-101, argumenta que “el empleador tendría que explicar, al menos genéricamente, las razones técnicas, organizativas y productivas en que base su juicio negativo. Lo que no podrá hacer el juez o magistrado es valorar de nuevo y en modo diverso del empresario las capacidades del trabajador”.

69 Así lo ha destacado Cruz Villalón, J., “Problemas prácticos del periodo de prueba”, cit. pág. 207.

70 Vid. Rodríguez Marín, C., *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1991, pág. III.

71 Díez-Picazo, L., “Resolución”, en VVAA., *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, T. IV, Madrid, 1995, pág. 5889.

72 El problema, en esta hipótesis —como señala Torollo González, F. J., “Extinción del contrato en periodo de prueba”, cit., pág. 345—, sería identificar cuál es la prestación de servicios defectuosa, esto es, la causa que ampara dicha extinción, y como el artículo 14 no prevé causa alguna que ampare la resolución de la relación laboral, parece que esta es libre y que, por tanto, estaríamos ante un desistimiento y no una resolución. El autor, en busca de la causa de la resolución, conecta la causa con el deber de experimento, concluyendo, tras una compleja argumentación, que “la construcción del precepto, bien es cierto que no de una forma clara y tajante, está orientada a facilitar al empresario una muy amplia libertad de extinción, sin límite temporal alguno («durante su transcurso») y, por supuesto, sin necesidad de alegar la causa que lo ampara. Construcción muy cercana —si no confundida— al «desistimiento» y, en todo caso, fiel a su función instrumental: fomentar la contratación de los trabajadores sin que a las empresas les suponga un coste adicional ni el inicio de la relación laboral ni la extinción de esta”.

73 Capilla Roncero, F., “Desistimiento”, en VVAA., *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, T. II, Madrid, 1995, pág. 2438.

74 STSJ de Cataluña de 2 de noviembre de 2018 (AS 2019, 240).

75 STSJ de Madrid de 13 de julio de 1992 (Ar. 3694).

LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DURANTE EL PERIODO DE PRUEBA

la tramitación parlamentaria del artículo 14 LET, sobre todo si nos detenemos en el texto de las enmiendas rechazadas por la mayoría, ya que casi todas perseguían proteger la posición del trabajador.

Efectivamente, en la Comisión de Trabajo del Congreso de los Diputados una enmienda el Partido Socialista de Andalucía proponía una nueva redacción del precepto regulador del periodo de prueba con el siguiente tenor: "El desistimiento de la relación de trabajo por resultado insatisfactorio de la prueba, deberá notificarse por escrito, no requerirá preaviso o indemnización, salvo acuerdo distinto de un convenio colectivo o de un contrato de trabajo, y se presumirá procedente a no ser que se demuestre lo contrario". Con la misma intención, el Partido Socialista Obrero Español propuso la siguiente redacción del párrafo segundo del texto proyectado: "Durante el periodo de prueba cualquiera de las dos partes podrá resolver el contrato como consecuencia de una valoración negativa del objeto de la prueba, suficiente y objetivamente acreditada..."⁷⁶. El Pleno del Congreso aprobó el texto remitido por la Comisión, con la supresión del apartado segundo que permitía excepcionalmente la ampliación del plazo máximo de prueba, sin que se alterara la redacción de la materia que ahora tratamos⁷⁷.

De igual modo, la voluntad del legislador de separar la facultad empresarial de extinguir el contrato a prueba de los restantes modos de extinguir el contrato de trabajo, así como los efectos de uno u otro tipo de extinción, se pone de manifiesto en su diferente ubicación sistemática en la LET⁷⁸: la facultad extintiva que el pacto de prueba comporta se regula en el artículo 14 LET, ubicado en la Sección primera —"Duración del contrato"— del Capítulo II —"Contenido del contrato de trabajo"—, y no en la Sección cuarta —"Extinción del contrato de trabajo"— del Capítulo III —"Modificación, suspensión y extinción del contrato de trabajo"—.

Además de este dato formal, y aunque tanto la extinción del contrato con ocasión del acuerdo de prueba como el despido supongan una facultad resolutoria ejercida por la voluntad unilateral del empresario, encontramos un componente diferenciador, concluyente y decisivo⁷⁹: la causalidad de la ruptura contractual. En la decisión extintiva empresarial al amparo del pacto de prueba, que debe ser calificada como desistimiento, puede existir un motivo para la resolución del nexo contractual,

76 El portavoz socialista —el profesor Vida Soria— señaló en el turno de explicación de voto, que al rechazar la enmienda equivalía "a incluir aquí una inseguridad jurídica, que viene a romper todas las garantías sobre el periodo de prueba establecidas en los párrafos anteriores"; añadiendo: "ayer se aprobó el principio de indisponibilidad de los derechos y hoy resulta que este es uno de los derechos indisponibles. Resulta que quien votó ayer a favor de ese principio, hoy aparece con una flagrante deserción a este precepto". Vid. Briones Fábrega, A.; Ayuso Canals, I. (bajo la dirección de J. A. Sagardoy Bengoechea), *Debate parlamentario sobre el Estatuto de los Trabajadores*, Instituto de Estudios Laborales y de Seguridad Social, Zaragoza, 1982, pág. 261.

77 Curiosamente también con los votos a favor del Partido Socialista Obrero Español y del Partido Comunista de España, además, claro está, de los de la Unión de Centro Democrático. Vid. Briones Fábrega, A.; Ayuso Canals, I. (bajo la dirección de J. A. Sagardoy Bengoechea), *Debate parlamentario sobre el Estatuto de los Trabajadores*, cit., pág. 265.

78 Para Torollo González, F. J., "Extinción del contrato en periodo de prueba", cit., pág. 342, es "signo indicativo relevante de la voluntad del legislador de desligar la extinción de la relación laboral durante la prueba del rito y motivaciones que han de concurrir en los diferentes modos de extinguir el contrato de trabajo y, específicamente, del despido".

79 Vid. Cruz Villalón, J., "Problemas prácticos del periodo de prueba", cit. pág. 208.

LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DURANTE EL PERIODO DE PRUEBA

pero el mismo “es indiferente para el Derecho, que no lo eleva al plano de causa indagable influyente sobre el acto resolutorio, salvo que la indagación quiera mostrar la presencia de una discriminación de las prohibidas por la Constitución”⁸⁰. Realmente, que el desistimiento sea una resolución unilateral no causal no significa que sea una resolución sin causa; ocurre, sin embargo, que esta no es relevante, por no ser necesaria su alegación y prueba por la parte empleadora que desiste. Tras el desistimiento hay siempre una causa o un motivo, según la racionalidad general que se predica de toda conducta humana⁸¹, pero tal motivo no es valorable jurídicamente, sino que es una causa interna que produce la extinción del contrato. En conclusión, la extinción del contrato durante el periodo de prueba decidida por el empleador constituye desistimiento *ad nutum* y no despido⁸², según se desprende con meridiana claridad del tenor literal del artículo 14.2 LET.

En este punto, la Ley 11/1994 puede calificarse de continuista. No introdujo modificaciones, manteniendo idénticos términos, sin añadir condición alguna a la posibilidad de extinción del contrato *ad nutum*, permaneciendo desprovista de cuantas garantías —causales y formales— caracterizan la institución del despido⁸³, de manera que consolida aquella opción de política legislativa orientada a otorgar al empresario absoluta libertad en orden a seleccionar al personal que va a prestar servicios en su empresa. De nuevo el legislador no ha atendido ciertas demandas doctrinales tendentes a exigir un fundamento causal a la decisión empresarial, conectando el desistimiento con el grado de cumplimiento de la prestación del trabajador, al objeto de dificultar la utilización arbitraria, fraudulenta o abusiva de la figura⁸⁴.

También la jurisprudencia ha reiterado que la “decisión de no proseguir la relación laboral concertada, si se manifiesta antes de la superación del plazo fijado en el contrato firmado, no precisa especificar la causa que ha determinado tal decisión finalizadora, en cuanto su motivación es meramente subjetiva de quien la adopta, siempre que, se insiste, al proceder así no afecte a ninguno de los derechos fundamentales de la contraparte”⁸⁵; toda vez que el periodo de prueba es una ins-

80 Alonso Olea, M.; Casas Baamonde, M^a. E., *Derecho del Trabajo*, cit., pág. 332.

81 Alonso Olea, M., “Extinción del contrato de alta dirección por voluntad del empresario”, en VVAA, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, T. IV, Civitas, Madrid, 1996, pág. 5059.

82 En este sentido, entre otros, García Abellán, J., “Pacto de prueba y contrato de trabajo”, en VVAA, *Estudios dedicados al profesor García Oviedo*, Vol. II, Universidad de Sevilla, 1954, pág. 497; Alonso Olea, M., *El despido. Un estudio de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario*, cit., págs. 24-25; Rodríguez Piñero, M. “Naturaleza jurídica del periodo de prueba”, cit., pág. 108; Sempere Navarro, A. V., “Resolución del vínculo laboral y periodo de prueba”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 6, 1981, págs. 252-253; Cruz Villalón, J., “Problemas prácticos del periodo de prueba”, cit. págs. 207-209.

83 STS de 12 de julio de 2012 (RJ 2012, 9598).

84 Así se expresa Pascual Allen, C., “Forma, periodo de prueba y duración del contrato”, Valdés Dal-Ré, F. (Dir.), *La reforma del mercado de trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 1994, pág. 76, que destaca la oportunidad perdida de introducir un factor de equilibrio, exigiendo que el desistimiento del empresario estuviera en estrecha relación con la aptitud, comportamiento y rendimiento demostrado.

85 En estos términos o análogos, SSTS de 2 de febrero de 1983 (RJ 1983, 521), de 6 de abril de 1984 (RJ 1984, 2047), de 12 de noviembre de 1984 (RJ 1984, 5831), de 17 de enero de 1985 (RJ 1985, 67), de 16 de abril de 1985 (RJ 1985, 1874), de 29 de octubre de 1985 (RJ 1985, 5238), de 20 de diciembre de 1985 (RJ 1985, 6159), de

LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DURANTE EL PERIODO DE PRUEBA

titución que permite a cualquiera de las partes intervinientes en el contrato de trabajo rescindir el mismo unilateralmente, por su sola y exclusiva voluntad, sin necesidad de cumplir ninguna exigencia especial a tal respecto. De modo que —según ha señalado el propio Tribunal Constitucional— la extinción del contrato durante el periodo de prueba no equivale a “despido causal fundado en una serie de motivos tasados”⁸⁶, refrendado así la distinta naturaleza jurídica de las instituciones del despido y de la extinción del contrato de trabajo en el periodo de prueba⁸⁷.

Así pues, cuando el empresario desiste del contrato de trabajo en el que es parte, ejerce libremente una facultad propia, apta para decidir *per se* la extinción de la relación, no importando el motivo que le ha impulsado a tomar esa postura drástica, salvo que se ejercite lesionando un derecho del trabajador. Lo trascendente es la voluntad de no continuar recibiendo la prestación de servicios, independientemente de la causa de aquella, si existiera. Esta nota, inherente a la figura jurídica del desistimiento, constituye la diferencia básica con el despido disciplinario⁸⁸, en la medida que, en este último, cuando se comuniquen la decisión extintiva, se deben notificar de forma clara y precisa los hechos que la motivan; también con el despido por causas empresariales⁸⁹. De ahí que la omisión del requisito causal, aunque sea genérico, convierte al desistimiento en una causa de extinción carente de significación peyorativa para el empleado, en tanto no es una sanción fundada en imputaciones graves y culpables que se hacen al trabajador, como sí ocurre en la figura del despido, que tiene por ello una connotación sumamente desfavorable para el despido⁹⁰.

En fin, el desistimiento ordinario, *ad nutum*, frente a la denuncia extraordinaria, basada en justa causa, supone reconocer la potestad de extinguir durante el periodo de prueba la relación jurídica surgida del contrato cuando esta, valorada subjetivamente, deje de ser útil⁹¹. Lo definitorio, en cualquier caso, es la eficacia extintiva *ex nunc* de la declaración de voluntad recepticia, sin que sea sustancial que el ejercicio de ese desistimiento se sujete o no a determinadas cautelas o límites, temporales o formales.

14 de abril de 1986 (RJ 1986, 1930), de 14 de julio de 1987 (RJ 1987, 5367), de 3 de diciembre de 1987 (RJ 1987, 8821), de 5 de diciembre de 1998 (RJ 1998 9558), de 6 de julio de 1990 (RJ 1990, 6068), de 1 de octubre de 1990 (RJ 1990, 7513), de 2 de abril de 2007 (RJ 2007, 3193), de 12 de diciembre de 2008 (RJ 2009, 257), de 6 de febrero de 2009 (RJ 2009, 621), de 14 de mayo de 2009 (RJ 2009, 3001) y de 23 de noviembre de 2009 (RJ 2009, 7761).

86 STC 94/1984, de 19 de octubre (RTC 1984/94). En la jurisprudencia y la doctrina judicial, vid. STS de 27 de diciembre de 1989 (RJ 1989, 9088); STSJ de Madrid de 28 de enero de 1993 (AS 1993, 349) y de 10 de septiembre de 1997 (AS 1997, 3240) y STSJ de Castilla y León/Valladolid de 10 de diciembre de 1996 (AS 1996, 4660).

87 STS de 18 de abril de 2011 (RJ 2011, 5814).

88 STS de 17 de diciembre de 1990 (RJ 1990 9796).

89 STS de 18 de abril de 2011 (RJ 2011, 5814).

90 STS de 6 de febrero de 1990 (RJ 1990, 827).

91 De la Villa Gil, L. E., *La extinción del contrato de trabajo*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1960, pág. 41.

LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DURANTE EL PERIODO DE PRUEBA

De todos modos, que el libre desistimiento del empleador venga reconocido expresamente por la ley no significa la exclusión de otras causas de extinción del contrato, al margen de aquella facultad específica que se limita temporalmente. Comprobado un incumplimiento contractual grave y culpable del trabajador, el empleador puede despedirle, respetando los requisitos formales del despido disciplinario; de la misma manera, si concurre, por ejemplo, causa económica, técnica, organizativa o de producción suficiente para extinguir uno o varios contratos a través de un expediente de regulación de empleo o ex artículo 52.c) LET, y aunque alguna relación laboral se encuentre en fase de prueba, se incluirá a este trabajador en ese procedimiento *ad hoc*, no bastando el mero desistimiento del empresario, ya que se estaría produciendo una extinción por causa ajena a la prueba misma⁹².

Ocurrirá, sin embargo, ante la fácil resolución del contrato por desistimiento durante la fase de prueba, que el empresario prefiera instar la extinción por medio del desistimiento dado el menor coste procedimental e indemnizatorio.

3.1.3.2 Límites constitucionales a la libre resolución contractual: los derechos fundamentales del trabajador. La nulidad del desistimiento por razón de embarazo

Es cierto, desde luego, que la libertad de desistimiento reconocida por el artículo 14.2 LET no ha de entenderse en términos absolutos o como facultad omnímoda, puesto que no ampara la ejercida con motivación torpe, por vulneración de derechos fundamentales⁹³, así como la calificable de fraudulenta⁹⁴. Al respecto, el Tribunal Constitucional comprueba que la ley ha previsto un sistema extintivo diferente al del despido, cuyas reglas y principios no le son aplicables, lo cual se manifiesta en la falta de necesidad de motivación. En esta línea, "la motivación de la resolución del contrato de trabajo durante el periodo de prueba carecerá de trascendencia siempre que tenga cabida dentro del ámbito de libertad reconocido por el precepto legal, que evidentemente no alcanza a la producción de resultados inconstitucionales"⁹⁵. Lógicamente, de lo anterior se concluye que la facultad de

92 En este sentido, Sala Franco, T. *et alri*, *Derecho del Trabajo*, tirant lo blanch, 11ª ed., Valencia, 1997, pág. 348, con cita de la STCT de 23 de abril de 1986 (Ar. 2718).

93 *In extenso*, Quintanilla Navarro, R. Y., "Extinción del contrato de trabajo durante el periodo de prueba y lesión de derechos fundamentales", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 164, 2014, págs. 335-354.

94 STS de 27 de diciembre de 1989 (RJ 1989, 9088). Al respecto, Ballester Pastor, M^a. A., *El periodo de prueba*, tirant lo blanch, Valencia, 1995, pág. 64, afirma que "cuando el periodo de prueba se ha celebrado en fraude de ley o abuso de derecho, debe entenderse que no existe tal periodo de prueba y, en consecuencia, la extinción producida merece la calificación de improcedencia o nulidad, según cuales hubieran sido las motivaciones y circunstancias concurrentes en el acto extintivo". Véase en Ron Latas, R. P., "Algunos supuestos de calificación del desistimiento durante el periodo de prueba como despido disciplinario", *Actualidad Laboral*, núm. 17, 1998, págs. 331-342, una enumeración de los supuestos de despido durante el periodo de prueba, bien porque exista discriminación o vulneración de derechos fundamentales, bien porque se cometa infracción directa de norma legal o convencional, o bien porque se decida la extinción en fraude de ley o abuso de derecho.

95 STC 94/1984, de 19 de octubre (RTC 1984, 94); también, SSTC 166/1988, de 26 de septiembre (RTC 1988, 166), y 173/2013, de 10 de octubre (RTC 2013, 173). Un comentario sobre la primera en Alonso Olea, M., "Sobre el despido en periodo de prueba; y sobre el respeto a los hechos probados jurisdiccionales", en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, Civitas, T. II, 1985, págs. 198-200. Sobre la última sentencia y su crítica, vid. Gallego Moya, F., *El periodo de prueba en el contrato de trabajo*, cit., pág. 401-410.

LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DURANTE EL PERIODO DE PRUEBA

resolución concedida al empresario por el artículo 14.2 LET “está limitada en el sentido de que no se puede hacer valer, por causas ajenas al propio contrato, en contra de un derecho fundamental”⁹⁶, normalmente el de igualdad de trato y de no discriminación, si bien puede afectar a otros, como el derecho a la tutela judicial efectiva⁹⁷.

En principio, el motivo del desistimiento empresarial no puede ser sometido al control judicial por constituir una libre potestad que no precisa justificación; sin embargo, de esta regla general se exceptúa el desistimiento formal que esconda una razón discriminatoria o contraria a los derechos fundamentales del trabajador. La modalidad procesal adecuada para impugnar la decisión unilateral del empresario de extinguir el contrato sin justa causa es la modalidad procesal de despido (arts. 103-113 LPL), cauce procesal genérico respecto del cual el desistimiento es una especie⁹⁸, aunque desde el punto de vista sustantivo la relación sea la inversa.

El *petitum* incorporado a la demanda consistirá en la declaración de nulidad de la resolución del contrato, en tanto el fundamento de aquel solo puede ser que la articulación de la extinción por esta vía esconde un móvil discriminatorio, contrario al principio de igualdad. Así, producido el acto de extinción por parte del empleador con ocasión del periodo de prueba, y alegando el trabajador que dicha actuación es contraria al principio de igualdad o discriminatoria, el primero vendrá obligado a oponer una causa laboral que justifique su decisión, desvirtuando los posibles indicios de discriminación aportados por el demandante⁹⁹.

96 *Ibidem* nota anterior. También SSTC 166/1988, de 26 de septiembre (RTC 1988, 166) y 198/1996, de 3 de diciembre (RTC 1996, 198). Sobre la posición adoptada por la Corte Costituzionale italiana, vid. Brignone, A.; Rendina, M., *Il patto di prova*, CEDAM, Padova, 1993, págs. 34-35.

97 SJS de Gijón de 18 de abril de 2018 (AS 2019, 62).

98 SSTs de 4 y 25 de abril de 1990 (RJ 1990, 3438 y RJ 1990, 3498). Usualmente, la modalidad procesal del despido ha sido utilizada por el trabajador para impugnar ante los órganos jurisdiccionales todas aquellas decisiones empresariales que, sin contar con un procedimiento específico, implicaban o podían suponer una ruptura del contrato de trabajo, independientemente de su formalización o no e incluso de su aparente configuración como despidos; de manera que la modalidad procesal regulada en los artículos 103 y ss. de la LPL —actualmente, LRJS— no queda “reservada única y exclusivamente para los despidos disciplinarios, puesto que, por el contrario, los trámites propios de la misma se han de aplicar a toda reclamación que un trabajador formule contra su cese en el trabajo o contra la extinción de su relación laboral ordenados por el empresario, cualquiera que sean las causas que hayan generado o producido ese cese o extinción, y aunque las mismas no tengan nada que ver con las que se recogen en el artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores” (STS de 27 de julio de 1993 —RJ 1993, 5992—). La doctrina así lo ha considerado: “la noción de despido, en cuanto superpuesta a la eficacia extintiva de la voluntad unilateral del empresario, es una noción amplia que engloba, por supuesto, al despido disciplinario, pero también a los restantes modelos de extinción en que sea esa sola voluntad la causa determinante del final de la relación, de ahí la denominación global de este capítulo como «Procesos por despido»” (Baylos Grau, A.; Cruz Villalón, J.; Fernández López, M.ª. F. *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, Trotta, 2ª ed., Madrid, 1995, pág. 296). Coincide plenamente la jurisprudencia, desde tiempo atrás; además de la sentencia reproducida *ut supra*, vid. también las SSTs de 29 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 10378), de 23 de octubre de 1993 (RJ 1993, 8060), de 29 de noviembre de 1993 (RJ 1993, 9091), de 2 de marzo de 1994 (RJ 1994, 2046), de 20 de julio de 1994 (RJ 1994, 6688) y de 23 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 9839).

99 Vid. García-Perrote Escartín, I.; Tudela Cambronero, G., “Extinción del contrato por el empleador durante el periodo de prueba y no discriminación”, *Relaciones Laborales*, T. I, 1985, pág. 489.

LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DURANTE EL PERIODO DE PRUEBA

Aplicando la regla procesal general, cuando el trabajador alegue una causa discriminatoria en el desistimiento empresarial del contrato, le corresponde probar la existencia de indicios¹⁰⁰ reveladores de que se ha producido violación de un derecho fundamental, y una vez comprobados por el Juez, el empresario —demandado— debe estar en condiciones de aportar una justificación objetiva y razonable¹⁰¹, esto es, le incumbe la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias que permitan eliminar cualquier sospecha o presunción deducible claramente de las circunstancias en relación con la violación de un derecho fundamental del trabajador (arts. 96.2 y 181.2 LRJS)¹⁰². Propiamente, si se alega por el despedido con ocasión de la prueba que la motivación subyacente es discriminatoria, lo que en verdad ocurre no es un “inversión” de la carga de la prueba, sino que aparece la necesidad de probar la realidad de una causa no discriminatoria para desistir¹⁰³; hasta entonces, el empresario no tenía obligación ninguna de manifestar la causa del desistimiento, siendo intranscendente jurídicamente cualquier alegación del trabajador en el sentido de su correcta prestación laboral, en tanto la extinción en la fase de prueba es libre.

A los efectos de impugnar ante el Juez de lo Social la decisión extintiva considerada anticonstitucional por el trabajador, este dispone del plazo de veinte días desde que conoció el desistimiento empresarial, plazo que es de caducidad (art. 59.3 LET)¹⁰⁴. El plazo fijado en este precepto no se ciñe solamente al llamado despido disciplinario, pues la acción de despido es aquella que tiene por objeto, ante una decisión unilateral del empresario de resolver el contrato en términos que el trabajador estima no ajustados a Derecho, el restablecimiento de la relación laboral o el abono de las indemnizaciones pactadas para el caso fijadas por la ley, concepto suficientemente amplio para incluir el supuesto que ahora tratamos. Y, sin duda, el desistimiento unilateral del empresario basa-

100 STSJ de Madrid de 17 de abril de 2017 (AS 2017, 1083) y STSJ de Cataluña de 15 de febrero de 2018 (AS 2018, 1140).

101 STSJ de Andalucía/Sevilla de 30 de marzo de 2017 (AS 2017, 1103), STSJ de Cataluña de 4 de mayo de 2018 (AS 2018, 1792), STSJ de Galicia de 19 de noviembre de 2018 (AS 2019, 832) y SSTSJ de Extremadura de 11 de julio de 2019 (AS 2019, 2005) y de 29 de enero de 2020 (AS 2020, 724).

102 SSTC 21/1992, de 14 de febrero (RTC 1992, 21) y 266/1993, de 18 de octubre (RTC 1993, 266). En la doctrina, vid. García Fernández, M., “Tutela jurisdiccional y carga de la prueba en el proceso de trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 15, 1983, pág. 408; Rodríguez Piñero, M.; Fernández López, M^a. F., “Discriminación, carga de la prueba y prueba de presunciones”, en VV.AA., *II Jornadas Hispano-Luso-Brasileñas de Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1985, págs. 920-926; Rivero Lamas S. J., “Tutela jurídica de los derechos laborales en el ordenamiento español”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 57, 1993, pág. 21; Monereo Pérez, J. L., *La carga de la prueba en los despidos lesivos de los derechos fundamentales*, tirant lo blanch, Valencia, 1996, págs. 9 y ss.

103 Vid. Alonso Olea, M., “Resolución del contrato de trabajo en periodo de prueba y discriminación por razón de embarazo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 36, 1988, págs. 619-620; también en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, Civitas, T. VI, 1989, pág. 451. Un sector de la doctrina, frente a la jurisprudencia mayoritaria, ha aprovechado la necesidad de probar la causa del desistimiento para señalar que “las causas laborales cuya concreción interesa han de venir referidas al incumplimiento o a la valoración negativa por parte empresarial de la actuación habida por el trabajador durante el tiempo prudencialmente necesario para un adecuado cumplimiento o constatación de aquellas” (García-Perrote Escartín, I.; Tudela Cambroner, G., “Extinción del contrato por el empleador durante el periodo de prueba y no discriminación”, cit., pág. 489), si bien olvidan que la prueba no solo se pacta para determinar la aptitud o pericia profesional del trabajador —dimensión objetiva—, sino también para comprobar las cualidades y condiciones personales —dimensión subjetiva—.

104 STS de 11 de mayo de 1990 (RJ 1990, 4308).

LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DURANTE EL PERIODO DE PRUEBA

do en circunstancias discriminatorias o, en general, que atente contra los derechos fundamentales, específicos o inespecíficos¹⁰⁵, reconocidos al trabajador por la Constitución, merece la calificación de nulidad.

Prevalecerá, en todo caso, la protección de aquellos derechos del trabajador frente a la libertad de desistimiento reconocida al empresario, y, en consecuencia, el desistimiento discriminatorio o lesivo de los derechos constitucionales del trabajador es nulo (arts. 55.5 LET y 108.2 LRJS), con el efecto imperativo de la readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir (arts. 55.6 LET y 113 LRJS).

Esta doctrina general se aplicaba también a aquellos supuestos en los que la persona trabajadora aportaba indicios de discriminación por razón de embarazo, habiendo rechazado la jurisprudencia¹⁰⁶ extender el blindaje propio del despido causal, tanto objetivo [art. 53.4.b) LET] como disciplinario [art. 55.5.b) LET]. Así, durante el periodo de prueba la trabajadora embarazada no podía ver resuelto su contrato por razón de su embarazo, porque tal extinción supondría una discriminación por razón de sexo constitucionalmente prohibida. Pero ello no implicaba que “toda resolución del contrato de una trabajadora embarazada durante dicho periodo de prueba haya de calificarse como nula si no existen indicios de discriminación o si, existiendo, la empresa acredita que el cese produjo por causas razonables y justificadas”¹⁰⁷.

Dicha interpretación no resultaba constitucionalmente reprochable, dado que “no priva de las necesarias garantías antidiscriminatorias a las extinciones del contrato de trabajo durante el período de prueba, que, pese a no exigir siquiera causa ni motivación de ningún tipo —pudiendo responder, por su propia naturaleza, a la pura voluntad empresarial— no pueden, claro está, vulnerar derechos fundamentales”¹⁰⁸.

Con la finalidad de extender idéntica protección a la persona trabajadora embarazada, tanto en el despido causal como en la extinción del contrato durante el periodo de prueba, el legislador de

105 La diferenciación entre los derechos constitucionales “específicamente” laborales, cuyos titulares son los trabajadores asalariados o los empresarios (o sus representantes) en tanto sujetos de una relación laboral, y los derechos constitucionales laborales “inespecíficos”, de carácter general que pueden ser ejercidos, sin embargo, por los sujetos de las relaciones de trabajo en el ámbito de las mismas, adquiriendo un contenido o dimensión laborales sobrevenidos, puede consultarse en Palomeque López, M. C., *Los derechos laborales en la Constitución Española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pág. 31. En otros términos, Martín Valverde, A., “La Constitución como fuente del derecho del Trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 33, 1988, pág. 58, se refiere a los derechos fundamentales en su “versión laboral”.

106 Su evolución en Quintanilla Navarro, R. Y., “Extinción del contrato de trabajo durante el período de prueba y lesión de derechos fundamentales”, cit., págs. 338-343.

107 STS de 18 de abril de 2011 (RJ 2001, 5814). En la doctrina judicial, vid. STSJ de Cataluña de 21 de marzo de 2016 (AS 2017, 1083), SSTSJ de Madrid de 17 de abril de 2017 (AS 2017, 1083) y de 12 de septiembre de 2018 (AS 2019, 396) y STSJ de Canarias/Las Palmas de 7 de junio de 2019 (AS 2020, 197). Sobre este tema, vid. García Blasco, J.; Pedrosa Alquézar, S. I., “Extinción en el periodo de prueba”, cit., págs. 376-377.

108 STC 173/2013, de 10 de octubre (RTC 2013, 173). En la doctrina, vid. Quintanilla Navarro, R. Y., “Extinción del contrato de trabajo durante el periodo de prueba y lesión de derechos fundamentales”, cit., págs. 351-354, con la exposición de los argumentos del voto particular.

LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DURANTE EL PERIODO DE PRUEBA

urgencia incorporó un nuevo párrafo al artículo 14.2 LET, de manera que tras la entrada en vigor del artículo 2.Cinco del 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, “la resolución a instancia empresarial será nula en el caso de las trabajadoras por razón de embarazo, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere el artículo 48.4, o maternidad, salvo que concurren motivos no relacionados con el embarazo o maternidad”. Esta protección de configuración legal proporciona a la trabajadora embarazada una tutela directa, más reforzada, que la ordinaria frente a la discriminación, pues se configura un supuesto de nulidad objetiva y automática¹⁰⁹, distinta de la nulidad por causa de discriminación. Solamente cuando el empleador acredite que el desistimiento se produjo por causas razonables y justificadas, ajenas totalmente al embarazo o la maternidad, no operará la nulidad objetiva, lo que le obligará a probar la causa del desistimiento, ligada a la experimentación del trabajo objeto de la prueba.

3.1.3.3. Requisitos temporales y formales; sobre la posibilidad de indemnizar al trabajador

Respecto de los límites temporales y formales, se encarga el legislador de destacar que el desistimiento debe manifestarse mientras se prolongue¹¹⁰ —“durante su transcurso”, señala el artículo 14.2 LET— el periodo de prueba y no después¹¹¹, pues decidido tras su finalización estaríamos ante un despido calificado improcedente¹¹², por falta de causa y ausencia de formalidades; y, por tanto, tampoco antes del inicio de la prestación efectiva de servicios, si es que se celebró el contrato anticipadamente¹¹³.

Tampoco establece una forma especial en cuanto a la comunicación al trabajador de la no superación de la prueba¹¹⁴, bastando con que verbalmente se comunique la no superación del periodo de prueba¹¹⁵. Con todo, el empresario diligente estará interesado en tener constancia de la fecha en que

¹⁰⁹ Solà Monells, X., “La extinción de la relación laboral de las trabajadoras embarazadas durante el período de prueba tras el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo”, *Iuslabor*, núm. 1, 2020, pág. 24.

¹¹⁰ En cualquier momento durante su vigencia (STS de 16 de abril de 1985 —RJ 1985, 1874—; STSJ de Galicia de 8 de abril de 1997 —AS 1997, 1510— y STSJ de Madrid de 10 de septiembre de 1997 —AS 1997, 3240—, incluso el primer día (STSJ de Madrid de 28 de enero de 1993 —AS 1993, 349—), sin necesidad de agotar el plazo (STSJ del País Vasco de 29 de mayo de 1993 —AS 1993, 2208—).

¹¹¹ SSTs de 16 de abril de 1985 (RJ 1985, 1874), de 10 de febrero de 1987 (RJ 1987, 824), de 14 de julio de 1987 (RJ 1987, 5367) y de 6 de julio de 1990 (RJ 1990, 6068); también, STSJ de Castilla y León/Burgos de 13 de abril de 1994 (AS 1994, 1364), STSJ de Cataluña de 20 de marzo de 1995 (AS 1995, 1138), STSJ de Murcia de 2 de julio de 1997 (AS 1997, 2946) y STSJ de Castilla y León/Valladolid de 9 de diciembre de 1997 (AS 1997, 4341).

¹¹² STSJ de Andalucía/Sevilla de 29 de enero de 2019 (AS 2019, 1387).

¹¹³ No obstante, la STSJ de Castilla y León/Burgos de 20 de julio de 1993 (AS 1993, 3369), no pone inconveniente al desistimiento empresarial antes del comienzo de la prestación efectiva de servicios.

¹¹⁴ SSTs de 6 de abril de 1984 (RJ 1984, 2047) y de 6 de julio de 1990 (RJ 1990, 6068). También, STSJ de Extremadura de 8 de marzo de 1991 (AS 1991, 2205), STSJ de Galicia de 8 de abril de 1997 (AS 1997, 1510) y STSJ de Madrid de 10 de septiembre de 1997 (AS 1997, 3240).

¹¹⁵ STS de 2 de abril de 2007 (RJ 2007, 3193); STSJ de Madrid de 28 de enero de 1993 (AS 1993, 349) y STSJ de Baleares de 20 de diciembre de 1993 (AS 1993, 5353).

LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DURANTE EL PERIODO DE PRUEBA

manifestó la decisión tomada, a efectos de evitar discrepancias sobre el ejercicio extemporáneo de la facultad extintiva, lo mismo que el trabajador para articular los mecanismos de defensa jurídica¹¹⁶ y, sobre todo, para solicitar la prestación por desempleo¹¹⁷. Tampoco requiere la observancia de ningún plazo de preaviso, si bien esta sería una exigencia ligada al principio de buena fe, que solo debería excluirse ante circunstancias impeditivas de la continuidad provisional de la relación de trabajo¹¹⁸.

Ahora bien, que la ley no imponga requisito formal alguno no impide a la voluntad de las partes ni a los convenios colectivos incorporar aquellos u otros requisitos procedimentales distintos, en cuyo caso los contratantes deberán ajustarse a ellos¹¹⁹. La fijación, por una u otra vía, de ciertos requisitos obliga al empresario tener en cuenta los mismos, pues su finalidad es completar el precepto legal, de modo que la decisión extintiva con preterición de aquellos no se ajustará a Derecho¹²⁰, incluso puede conllevar la calificación de despido improcedente¹²¹.

Es verdad que la mayoría de los convenios colectivos insisten en calificar el desistimiento empresarial como libre, no preavisado y sin derecho a indemnización¹²²; no obstante, algunos otros —los menos— exigen preavisar¹²³, notificar por escrito la decisión extintiva al trabajador¹²⁴, e incluso a los representantes de los trabajadores¹²⁵. Y, excepcionalmente, en el III Convenio colectivo de la Corpo-

¹¹⁶ A pesar del silencio legal, Cruz Villalón, J., "Problemas prácticos del periodo de prueba", cit. pág. 210, entiende defendible la interpretación favorable a la necesidad de la comunicación por escrito, en tanto "la finalidad básica es respetar el principio de seguridad jurídica, permitiendo al trabajador tener un conocimiento exacto del momento a partir del cual surte efecto la voluntad extintiva empresarial y que esta se legitima precisamente por la no superación del periodo de prueba".

¹¹⁷ Vid. *infra* apartado 3.1.3.4.

¹¹⁸ De esta opinión, con apoyo en la línea evolutiva del derecho comparado, Martín Valverde, A., *El periodo de prueba en el contrato de trabajo*, cit., págs. 291-292.

¹¹⁹ Vid. Durán López, F., "El periodo de prueba", cit., pág. 1326.

¹²⁰ STS de 14 de julio de 1987 (RJ 1987, 5367).

¹²¹ STSJ de Galicia de 21 de febrero de 2020 (AS 2020, 1567).

¹²² Cfr., por todos, VI Convenio Colectivo General del sector de la Construcción (BOE de 26 de septiembre de 2017).

¹²³ Cfr. Convenio Colectivo de Relleno y Aderezo de Aceitunas de la provincia de Alicante (BOP de 9 de enero de 2018). Este convenio no prevé, sin embargo, qué sucede caso de incumplir dicha comunicación anticipada; al respecto —afirma Ballester Pastor, M^a. A., *El periodo de prueba*, cit., pág. 97—, la sanción consistiría en el abono de cierta indemnización, que bien podría ser equivalente al salario correspondiente a los días de preaviso no observados. Se aplicaría por analogía lo dispuesto en el artículo 8.3 RD 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada, según el cual el incumplimiento por el empresario del plazo de preaviso dará lugar a una indemnización equivalente al salario correspondiente a los días en que dicho preaviso se haya incumplido; regla que también acoge el artículo 53.4 LET al tratar de la extinción por causas objetivas y no cumplir el empresario el preaviso correspondiente.

¹²⁴ Cfr. VI Convenio Colectivo General del sector de la Construcción (BOE de 26 de septiembre de 2017), Convenio Colectivo General del Sector de Derivados del Cemento (BOE de 5 de enero de 2018), Convenio Colectivo General de la Industria Salinera (BOE de 19 de enero de 2018), Convenio Colectivo estatal para las Industrias Extractivas, Industrias del Vidrio, Industrias Cerámicas y para las de Comercio Exclusivista de los mismos materiales (BOE de 23 de noviembre de 2018) y Convenio Colectivo del sector de Transportes de Mercancías por Carretera, Logística y Mensajerías de Valencia (BOP de 3 de diciembre de 2020).

¹²⁵ Cfr. Convenio Colectivo Nacional de Perfumerías y afines (BOE de 20 de agosto de 2019), Convenio Colectivo de Estaciones de Servicio de la Comunidad Va-

LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DURANTE EL PERIODO DE PRUEBA

ración de Radio Televisión Española, S.M.E., SA.¹²⁶ se exige que, en el informe sobre el periodo de prueba de la persona trabajadora, su mando orgánico evalúe su rendimiento laboral y su inserción en el grupo socio-laboral, para ello tendrá en cuenta los informes tanto de las personas que trabajan con ella como de la representación legal de las personas trabajadoras. De esta manera, se confiere al empleador una facultad reglada, y actuar sin tales elementos de juicio comporta una arbitrariedad, cuya interdicción deviene de la recta interpretación de la norma contenida en el convenio colectivo¹²⁷.

Observamos, asimismo, la ausencia de referencia al eventual derecho a indemnización en los supuestos de desistimiento empresarial durante la fase de prueba, en claro contraste con lo dispuesto en la LRL de 1976, que negaba “que tal decisión dé derecho a indemnización” (art. 17.2 *in fine*). Al desaparecer del tenor literal del artículo 14 LET dicha alusión expresa, a *sensu contrario*, podemos considerar no prohibida la cláusula contractual expresamente pactada¹²⁸ o previsión del convenio colectivo¹²⁹ que introduzca la obligatoriedad de indemnizar al trabajador perjudicado por la decisión unilateral de no continuar la relación contractual, si bien lo habitual es la negación de aquella¹³⁰. Si pactada en el contrato o establecida normativamente una indemnización en estos supuestos, la mecánica institucional del periodo de prueba no resultará desvirtuada, siempre y cuando se trate, lógicamente, de indemnizaciones inferiores a las que corresponderían según el régimen común del despido¹³¹, y es que, de acordar indemnizaciones superiores o muy próximas a la legales por despido, el periodo de prueba perdería totalmente su potencialidad extintiva, en tanto perjudicaría en mayor medida los intereses de la empresa.

lenciana (DOGV de 9 de diciembre de 2019), Convenio Colectivo de Mayoristas e Importadores de Productos Químicos Industriales y de Droguería, Perfumería y Anexos (BOE de 21 de septiembre de 2018) y XIX Convenio Colectivo General de la Industria Química (BOE de 8 de agosto de 2018). Sobre este requisito, advierte Ballester Pastor, M^o. A., *El periodo de prueba*, cit., pág. 98, que “se trata de una garantía de escasa entidad en la práctica dado el derecho genérico a la personación de los representantes de los trabajadores en el momento de la firma del finiquito”.

¹²⁶ Cfr. artículo 32 (BOE de 22 de diciembre de 2020).

¹²⁷ Así lo resolvió la STS de 22 de octubre de 1985 (RJ 1985, 5189), al enjuiciar un supuesto —según los términos del convenio colectivo en vigor— similar, relativo a la misma empresa pública Radio Nacional de España; y también la STSJ de Galicia de 14 de julio de 1995 (AS 1995, 2797), con referencia al Convenio Colectivo para el personal laboral de la Seguridad Social, entonces vigente.

¹²⁸ Por todos, Alonso Olea, M.; Casas Baamonde, M^o. E., *Derecho del Trabajo*, cit., pág. 334.

¹²⁹ En este sentido, el VI Convenio Colectivo de Empresas de Enseñanza Privada (BOE de 17 de agosto de 2013) señala que cuando se contrate a un docente y se pacte un periodo de prueba, “si la empresa desiste del contrato en fecha posterior a aquella en que se cumpla el cuarto mes desde su incorporación al puesto de trabajo, tendrá derecho a percibir como indemnización dos días de salario por cada mes completo de servicio desde el inicio del contrato” (art. 22.2). Y también, coincidiendo en los mismos términos, el XIII Convenio Colectivo Estatal para los centros de Educación Universitaria e Investigación (BOE de 21 de julio de 2012), artículo 25.

¹³⁰ STSJ de la Comunidad Valenciana de 4 de junio de 1993 (AS 1993, 3058).

¹³¹ Así lo destaca Martín Valverde, A., *El periodo de prueba en el contrato de trabajo*, cit., págs. 290-291, para quien, además, “no ofrece dudas que un pacto de este tipo sería perfectamente lícito en un contrato de trabajo común”.

LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DURANTE EL PERIODO DE PRUEBA

En cualquier caso, y aun cuando sea exigible una mínima indemnización, no por ello se rompen los equilibrios formales del derecho de obligaciones, en la medida que no se requiere para la validez de la extinción con ocasión de la prueba un incumplimiento culpable del trabajador.

De todos modos, el empresario que desiste durante el periodo de prueba viene obligado, en el momento de comunicar al trabajador la extinción, a presentarle una propuesta del documento de liquidación de las cantidades adeudadas. Asimismo, como una garantía más, el trabajador puede solicitar la presencia de un representante legal de los trabajadores cuando proceda a firmar el recibo de finiquito, haciendo constar la mencionada presencia o bien que no ha hecho usos de aquella posibilidad (art. 49.2 LET).

3.1.3.4. Desistimiento empresarial y prestación por desempleo: supuestos protegidos y acreditación de la situación legal de desempleo

La extinción de la relación laboral durante el periodo de prueba, cuando cumple determinados requisitos, es una de las situaciones legales de desempleo previstas por nuestro legislador¹³². Según el artículo 267.1.a).7º TRLGSS, se encontrarán en situación legal de desempleo los trabajadores cuando se extinga su relación laboral durante el periodo de prueba “a instancia del empresario, siempre que la extinción de la relación laboral anterior se hubiera debido a alguno de los supuestos contemplados en este apartado o haya transcurrido un plazo de tres meses desde dicha extinción”. El presupuesto es la exigencia de involuntariedad en la pérdida del empleo para el reconocimiento de la prestación por desempleo¹³³.

El texto de este precepto procede de la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales de Reforma del Régimen Jurídico de la Función Pública y de la Protección por Desempleo¹³⁴, que dio nueva redacción al artículo 6.1.Uno,g), de la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo¹³⁵.

Así se incorporó al texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el RD-Leg. 1/1994, de 20 de junio, en su artículo 208.1.1.g), redacción que se mantuvo hasta su modificación —eliminando la referencia final al transcurso del plazo de tres meses también “desde la sentencia que declaró el despido procedente”— por el artículo 1.2 de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad¹³⁶.

¹³² Nótese que la situación legal de desempleo remite al modo en que la pérdida del empleo se ha de producir para que el potencial sujeto beneficiario de la protección por desempleo pueda tener acceso a la misma. Vid. Monereo Pérez, J. L., *El sistema de protección por desempleo en España*, tirant lo blanch, Valencia, 1997, pág. 99.

¹³³ Así lo subraya Gallego Moya, F., *El periodo de prueba en el contrato de trabajo*, cit., pág. 91.

¹³⁴ BOE de 31 de diciembre de 1993.

¹³⁵ BOE de 4 de agosto de 1984.

¹³⁶ BOE de 13 de diciembre de 2002.

LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DURANTE EL PERIODO DE PRUEBA

A diferencia del tenor literal de origen, que consideraba en situación de paro forzoso a quienes viesan extinguida su relación laboral por resolución durante el periodo de prueba a instancia del empresario, es decir, la única condición era que la resolución operase por voluntad del empleador¹³⁷, el artículo reformado recuperó el criterio de inimputabilidad¹³⁸ en la extinción de la relación anterior, reforzando las exigencias para declarar la situación legal de desempleo en estas circunstancias, y así intenta cortar la vía de fraude que con la regulación precedente podía producirse¹³⁹. En cambio, si es el trabajador quien desiste de la relación, la voluntariedad del cese excluye su protección¹⁴⁰.

Cabe recordar que el desistimiento con ocasión del periodo de prueba no está condicionado por la obligación de realizar las experiencias propias de la prueba y que no requiere alegación de causa, salvo una hipotética decisión discriminatoria oculta o contraria a cualquier derecho fundamental. Al respecto, es suficiente la mera manifestación de voluntad extintiva, de manera que toda resolución contractual a instancia del empresario al amparo del artículo 14.2 LET que cumpla los requisitos legales tasados antes enunciados abrirá paso a la protección por desempleo. Lógicamente, cuando la fórmula extintiva no responda al simple desistimiento empresarial, sino que obedezca a una causa disciplinaria puesta de manifiesto, se aplicarán las normas específicas previstas para los supuestos de despido procedente o improcedente, según se califique, a efectos de determinar la situación legal de desempleo¹⁴¹.

¹³⁷ Vid. Alarcón Caracuel, M. R.; González Ortega, S., *Compendio de Seguridad Social*, Tecnos, 4ª ed., Madrid, 1991, pág. 300, y Viqueira Pérez, C., *La prestación por desempleo*, tirant lo blanch, Valencia, 1990, págs. 191 y ss.

¹³⁸ Se observa cierta proximidad con el tenor del —derogado— artículo 4 RD 920/1981, que exigía, para la consideración en situación legal de desempleo de un trabajador cuyo contrato fuera resuelto por el empresario durante el periodo de prueba, "que el cese en el anterior trabajo hubiese sido por causas no imputables al trabajador". Al respecto, señala Monereo Pérez, J. L., *El sistema de protección por desempleo en España*, cit., pág. 99, que "la propia dicción normativa refleja la no exigencia de inimputabilidad formal, pero luego en la regulación normativa sí reaparece el otro requisito tradicional de la «involuntariedad» en la causa de desempleo".

¹³⁹ Coincide la doctrina en destacar la finalidad claramente restrictiva del artículo 208.1.1.g) —hoy, 267.1.a).7º— TRLGSS, así como el endurecimiento de las condiciones de acceso a la protección con la finalidad de evitar conductas fraudulentas. Entre otros, vid. Alonso Olea, M.; Tortuero Plaza, J. L. *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, 18ª ed., Madrid, 2002, pág. 224 (nota 105); Cabeza Pereiro, J., *Situaciones legales de desempleo por extinción del contrato de trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 1996, págs. 186-188, y Piqueras Piqueras, M. C., "La nueva regulación del periodo de prueba en la Ley 11/1994, de 19 de mayo", en VVAA., *La reforma laboral de 1994*, Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 1996, pág. 93. Esta última considera inadecuada la solución legislativa, "porque el fraude no debe combatirse mediante la eliminación directa de la norma en virtud de la cual se produce, sino a través de un control administrativo y judicial del uso que los destinatarios hagan de ella". Con todo, la verdad es que las soluciones judiciales eran un tanto erráticas, siendo complicado el acceso de estas cuestiones al recurso de casación para unificación de doctrina, dadas las particularidades de cada supuesto de hecho enjuiciado. A pesar del intento, no desaparece toda posibilidad de conducta fraudulenta, en tanto puede servir de cobertura para completar periodos de cotización o para acceder fraudulentamente a la prestación, esperando para ello un plazo de tres meses.

¹⁴⁰ Y es que el paro se reputa voluntario; vid. Alonso Olea, M.; Tortuero Plaza, J. L., *Instituciones de Seguridad Social*, cit., pág. 224, y Desdentado Bonete, A.; Mercader Uguina, J. R., *El desempleo como situación protegida*, Civitas, Madrid, 1996, pág. 84.

¹⁴¹ De esta opinión, González Ortega, S., "La Ley 31/1984, de protección por desempleo: objeto de la protección y personas protegidas", en VVAA., *Comentarios a la nueva legislación laboral*, Tecnos, Madrid, 1985, pág. 238. A favor de un criterio más amplio, incluyendo toda resolución contractual producida durante el periodo de prueba a instancia del empresario, independientemente de que el empresario pueda haber motivado su decisión extintiva en una causa de despido disciplinario, Viqueira Pérez, C., *La prestación por desempleo*, cit., págs. 192-193.

LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DURANTE EL PERIODO DE PRUEBA

Volviendo sobre el supuesto de hecho protegido, el legislador toma en consideración dos contratos que se extinguen sucesivamente¹⁴², por causas distintas, si bien en el segundo ha de concurrir la voluntad empresarial de desistir durante el periodo de prueba, y seguidamente contiene una doble condición alternativa¹⁴³: que la extinción de la relación laboral inmediatamente anterior se hubiera debido a alguno de los supuestos contemplados en el artículo 267.1.a).7º TRLGSS o, en otro caso, que hubiera transcurrido un plazo de tres meses desde aquella extinción primera.

En el primer supuesto, solo se precisa que la extinción del contrato precedente ocasione una situación legal de desempleo de las enunciadas en el mismo apartado del precepto, sin importar el lapso temporal que medie entre la finalización de ambos contratos, salvo en lo referente al cómputo de los periodos de cotización¹⁴⁴. Esta posibilidad parece pensada para el caso de que el trabajador no hubiera solicitado la prestación después de la primera extinción, bien porque no hubiese lugar por celebrar el segundo contrato sin solución de continuidad, bien porque el trabajador no reunía todavía el periodo de cotización requerido. Téngase en cuenta que el trabajador pudo solicitar y comenzar a disfrutar la prestación por desempleo conforme a las cotizaciones correspondientes a la relación laboral extinguida previamente, suspendiéndose después al suscribir el nuevo contrato; ocurre que el desistimiento empresarial respecto del segundo contrato con ocasión del periodo de prueba, siempre que este se prolongue por más de 360 días —hipótesis no imposible según la redacción del artículo 14.1 LET—, situará al trabajador en condiciones de optar, caso de reconocerle una nueva prestación, entre reabrir el derecho inicial por el periodo que le restaba, según las bases que le correspondían, o percibir la prestación generada por el nuevo periodo de cotización cubierto (art. 269.3 TRLGSS). Para lucrar el derecho a la prestación por desempleo en virtud del segundo contrato poco importaría la causa extintiva del anterior contrato y su calificación, por cuanto se reúne el periodo mínimo de cotización legalmente previsto.

Efectivamente, en la segunda hipótesis alternativa, escasa relevancia tiene la relación anterior y su causa de extinción, incidiendo únicamente en el tiempo transcurrido entre dicha extinción y la sucedida más tarde en la fase de prueba de la reciente contratación. Pasados tres meses desde aquella extinción, la resolución de la relación laboral durante el periodo de prueba constituye situación legal de desempleo, al margen de la causa motivadora o a instancia de quien se hubiera producido la conclusión de la relación previa¹⁴⁵. De esta forma, quedan incluidos en el sistema protector tanto los supuestos en los que la resolución del contrato primero no pueda encuadrarse en alguna de las situaciones legales previstas en el artículo 267.1.a) TRLGSS, como aquellos otros en los que tal resolución sucedió por voluntad no causal del trabajador¹⁴⁶, siempre, claro está, que se superen los tres meses desde que sucedió aquella.

142 Vid. Escudero Rodríguez, R., "Nuevos vientos fríos en la protección por desempleo", en VV.AA., *Reforma del mercado de trabajo*, La Ley, Madrid, 1994, pág. 124.

143 STSJ de Madrid de 19 de septiembre de 1995 (AS 1995, 3333).

144 Vid. Cabeza Pereiro, J., *Situaciones legales de desempleo por extinción del contrato de trabajo*, cit., pág. 190.

145 En este sentido, Piqueras Piqueras, M. C., "La nueva regulación del periodo de prueba en la Ley 11/1994, de 19 de mayo", cit., pág. 94.

146 Vid. Cabeza Pereiro, J., *Situaciones legales de desempleo por extinción del contrato de trabajo*, cit., pág. 190.

LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DURANTE EL PERIODO DE PRUEBA

Se ha admitido, no obstante, como situación que da acceso a la prestación por desempleo la de un trabajador que se encontraba voluntariamente en situación de excedencia en una primera empresa, sin que todavía hubiera transcurrido el plazo pactado para poder solicitar la reincorporación al trabajo precedente, cuando ve extinguido su nuevo contrato con otra empresa por decisión unilateral del empleador durante el periodo de prueba, sin que hayan transcurrido tres meses desde el comienzo de la suspensión por la excedencia petitionada y concedida ex artículo 45.1 LET. Realmente, en el supuesto descrito no concurre el presupuesto atinente a la extinción de la relación laboral anterior, si bien como el trabajador se encuentra en situación de “desempleo real” por cese en la segunda empresa y todavía no puede solicitar el reingreso en la primera, se declara el derecho a percibir la prestación por desempleo, en lo que supone una interpretación jurisprudencial¹⁴⁷ que supera el tenor literal del precepto legal, por más que favorece el interés de la persona trabajadora.

Como se observa, la normativa legal no considera la extinción del contrato durante el periodo de prueba por decisión del empresario como situación legal autónoma¹⁴⁸ de desempleo, independientemente de la causa extintiva del contrato precedente, si tal existió. Puede ser, en efecto, que la relación laboral finalizada durante el periodo de prueba sea el primer empleo del solicitante de la prestación o que, existiendo un contrato anterior, fuera la única ocupación computable a efectos de su reconocimiento. En la actualidad, es posible que el desistimiento empresarial tenga lugar superado aquel periodo mínimo de cotización para causar derecho a la prestación por desempleo, de modo que en ese caso se deberá considerar al trabajador en situación legal de desempleo¹⁴⁹. De *lege ferenda*, se impone en este punto una reforma legislativa, al objeto de dar cobertura a esta situación¹⁵⁰.

Finalmente, en cuanto a la acreditación de la situación legal de desempleo ocasionada por el desistimiento empresarial haciendo uso de la oportunidad que le brinda el pacto de prueba, se exige la presentación de la “comunicación del empresario resolviendo el contrato durante el periodo de prueba” (art. 1.Uno.k. RD 625/1985). Esta exigencia reglamentaria se opone al tenor del artículo 14 LET, que como hemos destacado no demanda requisito formal alguno para la validez de desistimiento,

¹⁴⁷ STS de 5 de marzo de 2019 (RJ 2019, 1513). Un comentario en Sánchez Trigueros, C; Gallego Moya, F., “Situación legal de desempleo de quien es cesado durante el periodo de prueba antes del transcurso de tres meses desde el inicio de excedencia voluntaria en anterior empresa: STS, Sala Social, de 5 de marzo de 2019 (RCUD núm. 4645/2017)”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 2, 2019, págs. 1-8.

¹⁴⁸ Excepcionalmente, con ocasión de la declaración del estado de alarma como consecuencia de la crisis derivada del COVID 19, se admitió que “la extinción de la relación laboral durante el periodo de prueba a instancia de la empresa, producida a partir del día 9 de marzo de 2020, tendrá la consideración de situación legal de desempleo con independencia de la causa por la que se hubiera extinguido la relación laboral anterior”, previsión legal que solo es aplicable “durante la vigencia del estado de alarma” (art. 22 RD-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo).

¹⁴⁹ De la misma opinión, Cabeza Pereiro, J., *Situaciones legales de desempleo por extinción del contrato de trabajo*, cit., pág. 189, y Piqueras Piqueras, M. C., “La nueva regulación del periodo de prueba en la Ley 11/1994, de 19 de mayo”, cit., pág. 94.

¹⁵⁰ En su momento, la Circular de la Dirección General del INEM de 3 de enero de 1994 salió al paso de esta imprevisión legal, declarando que también debe considerarse al trabajador en situación legal de desempleo cuando “la relación laboral en que se produce el cese en periodo de prueba fuera el primer empleo desempeñado por el solicitante, o cuando la ocupación cotizada computable sea únicamente la del último empleo”. Cfr. *Relaciones Laborales*, T. I, 1994, pág. 1190.

admitiendo la jurisprudencia el realizado verbalmente. Bien es verdad que la diligencia del empresario le ha de llevar a entregar comunicación escrita, quedando constancia de su recepción por el trabajador, y que algunos convenios colectivos también exigen la forma escrita. A nuestro entender, la comunicación no debe expresar la causa o el motivo de la decisión del empresario, bastando la indicación de que el desistimiento obedece a la potestad que le otorga el pacto de prueba incorporado al contrato. Como se extingue el contrato sin necesidad de acudir a los Tribunales, parece lógico que sea suficiente la comunicación escrita del empresario, sin tener que impugnar la extinción del contrato por esta causa¹⁵¹, toda vez que no se trata de un despido ni es frecuente que el trabajador reclame contra esa decisión¹⁵², salvo por contraria a los derechos constitucionales fundamentales del trabajador o por ejercida en fraude de ley o abuso de derecho.

Con todo, la previsión reglamentaria limitada a la presentación ante el SEPE de la comunicación escrita expedida por el empresario resulta insuficiente¹⁵³. No toma en consideración, según el caso, que es imprescindible conocer la causa de la extinción del contrato anterior para comprobar si se corresponde con alguna de las que genera situación legal de desempleo, lo que se acreditará conforme a las reglas específicas señaladas para cada supuesto (arts. 267.3 TRLGSS y 1.Uno RD 625/1985), así como también tener certeza de la fecha de aquella extinción, al efecto de comprobar si han transcurrido tres meses. Tampoco estaría de más requerir al trabajador la constancia del acuerdo escrito en el que se pactó el periodo de prueba, si es que se documentó separadamente del contrato y no existía obligación de registrar este último.

3.2 La continuidad de la relación de trabajo: superación del periodo de prueba y sus efectos jurídicos

Una vez superado el tiempo de prueba pactado en el contrato sin que ninguna parte haya ejercitado su facultad extintiva o, sin llegar a su término, decidido su final anticipadamente por la voluntad conjunta de los contratantes en orden a continuar definitivamente la relación laboral o, en otro supuesto, por renuncia empresarial anticipada, se entiende superado el periodo de prueba y “el contrato producirá plenos efectos, computándose el tiempo de los servicios prestados en la antigüedad del trabajador en la empresa” (art. 14.3 LET). Por tanto, la primera y principal consecuencia que acarrea la superación de la prueba es la desaparición de la “provisionalidad” de la relación contractual, de manera que se confirma la relación contractual, ya sea por tiempo determinado o indefinido.

¹⁵¹ En alguna sentencia, considerando el pacto de prueba abusivo y por no recurrir el trabajador la extinción durante el periodo de prueba, los Tribunales han denegado la prestación; vid. SSTSJ de Cataluña de 26 de octubre de 1992 (AS 1992, 5150) y de 31 de julio de 1993 (AS 1993, 3603), STSJ del País Vasco de 12 de septiembre de 1994 (AS 1994, 3560) y STSJ de Galicia de 6 de noviembre de 1997 (AS 1997, 3796).

¹⁵² Vid. Sempere Navarro, A. V., “Resolución del vínculo laboral y periodo de prueba”, cit., pág. 253.

¹⁵³ Intentando paliar esta deficiencia, la Circular de la Dirección General del INEM de 3 de enero de 1994 exigía la presentación, además de la comunicación escrita del empleador, del contrato o del pacto escrito de prueba y la acreditación documental de la situación legal de desempleo anterior, si no han transcurrido tres meses. Cfr. *Relaciones Laborales*, T. I, 1994, págs. 1189 y ss.

LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DURANTE EL PERIODO DE PRUEBA

Tal característica se manifiesta en la supresión de la facultad rescisoria, quedando protegida su estabilidad por las normas laborales sobre extinción¹⁵⁴. De ahí que, como se ha reseñado, el desistimiento empresarial fuera de plazo carezca de cobertura legal, por lo que estaremos ante un despido que se calificará judicialmente como improcedente o nulo, según las circunstancias concurrentes¹⁵⁵.

Las condiciones de la prestación laboral —conjunto de derechos y obligaciones de las partes— se mantienen en su integridad, excepto la reseñada facultad empresarial de desistimiento, por cuanto la libre dimisión del trabajador se conserva, no ya en virtud del pacto de prueba, sino por su calidad de derecho propio reconocido por el legislador, no renunciable [art. 49.1.d) LET]. Con todo, se ha querido insistir expresamente en el cómputo del tiempo de los servicios prestados en la antigüedad del trabajador; y es que ningún perjuicio debe ocasionarle el hecho de que la relación laboral hubiera quedado condicionada en su etapa primera a la superación o transcurso del periodo de prueba. Así, cuando la antigüedad se tome en consideración para adquirir ciertos derechos¹⁵⁶ —retributivos, de promoción profesional, etc.— no se podrá obviar, en el sentido de no computar, la efectiva prestación de servicios durante el periodo de prueba. Nótese cómo la norma solo toma en consideración el tiempo de trabajo efectivo¹⁵⁷, por lo que no siempre coincidirá con la duración total pactada de la prueba —por ejemplo, cuando el contrato se convierta en definitivo antes de la llegada de su término final o si se suspendió la fase de prueba durante algún tiempo—; por supuesto, no se descontarán los periodos reglamentarios de descanso.

La permanencia y cómputo de los derechos del trabajador tras expirar la fase de prueba se explica por la permanencia del contrato, que es único desde que el trabajador se incorpora a la empresa. Consecuentemente, “no hay que recurrir a la novación con cláusula de permanencia de tales derechos o al origen estatutario de los mismos, para la explicación de su conservación durante el tiempo que la relación laboral tenga efectividad”¹⁵⁸. La pendencia del resultado de la prueba solo matiza la relación contractual creada respecto de los derechos derivados de la resolución de la relación contractual, no así los restantes. Ahora bien, no está vedado que las partes puedan modificar, durante o al final del periodo de prueba, las condiciones originarias del contrato, sin que ello quiebre la unidad de la relación¹⁵⁹.

Por último, la superación del periodo de prueba trae una consecuencia más, directamente relacionada con la consolidación del contrato: el empresario debe aceptar y contentarse solamente con

154 Así lo reconoce Rodríguez Piñero, M., “Naturaleza jurídica del periodo de prueba”, cit., pág. 110.

155 En particular, considerado abusivo un periodo de prueba de dos años, el cese amparado en la no superación de tal periodo de prueba constituye un despido improcedente [STS de 12 de noviembre de 2007 (RJ 2008, 701)].

156 Vid. Martín Valverde, A., *El periodo de prueba en el contrato de trabajo*, cit., pág. 236, y Ballester Pastor, M^a. A., *El periodo de prueba*, cit., pág. 25.

157 Barreiro González, G., “El periodo de prueba”, cit., pág. 64.

158 Rivero Lamas, J. *La novación del contrato de trabajo*, Bosch, Barcelona, 1963, págs. 221-222.

159 De esta opinión, bien fundada, Rodríguez Piñero, M., “Naturaleza jurídica del periodo de prueba”, cit., pág. 111.

LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DURANTE EL PERIODO DE PRUEBA

aquel grado de idoneidad profesional mostrado por el trabajador durante la fase de prueba¹⁶⁰. Como el objeto del periodo de prueba es, entre otros, que el trabajador demuestre su aptitud profesional en el ejercicio de las tareas inherentes al puesto desempeñado en la organización de la empresa, de manera que aquella pueda ser comprobada por el empleador, no será posible, concluida la extensión temporal prevista, promover lícitamente un despido por ineptitud cuando esta existiera con anterioridad al cumplimiento del periodo de prueba [art. 52.a) LET], soportando el empresario el riesgo derivado de la misma, por cuanto debió experimentar diligentemente la prestación de servicios y descubrir tal deficiencia¹⁶¹. Si conoció y, pese a ello, permitió durante la fase inicial de prueba un rendimiento inferior al exigido a otros trabajadores, no podrá exigirle posteriormente mayor rendimiento, pues al tolerarlo tácitamente¹⁶² se ha perfeccionado una novación modificativa de las condiciones contractuales¹⁶³.

La prohibición legal expresada en el artículo 52.a) *in fine* LET afecta únicamente a la ineptitud originaria o sobrevenida mientras se desarrollaba el periodo de prueba pactado, no a la que pueda surgir después de su conclusión¹⁶⁴, en tanto que no pudo ser conocida por el empresario, siquiera extremando su diligencia, y tampoco a aquella otra originaria si no se acordó pacto de prueba¹⁶⁵, al ser este potestativo.

No obstante, dicha interdicción no puede ser aceptada en términos absolutos, pese a la rotundidad con que se expresa el legislador, que no incluye excepción de ninguna clase. De consagrar la responsabilidad objetiva del empresario, en el sentido de asumir siempre el riesgo de una contratación definitiva por haber concluido el periodo de prueba sin tener conocimiento de la ineptitud del trabajador, aunque la misma existía desde el comienzo de la relación laboral, la consecuencia será un perjuicio grave para la empresa que puede repercutir a la larga en la creación de empleo estable,

¹⁶⁰ En estos términos se expresa Barreiro González, G., "El periodo de prueba", cit., pág. 87. También, Durán López, F., "El periodo de prueba", cit., pág. 1326, que afirma: "Establecido el periodo de prueba para permitir al empresario conocer la aptitud del trabajador, no cabe, superado ese periodo, alegar una pretendida ineptitud no sobrevenida tras dicha superación para extinguir el contrato de trabajo".

¹⁶¹ Por todos, vid. Ramírez Martínez, J. M., "Extinción por causas objetivas", en Borrajo Dacruz, E. (Dir.), *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, EDESA, T. IX, Vol. 1º, Madrid, 1983, pág. 246, y Sagardoy Bengoechea, J. A., "Ineptitud, falta de adaptación y absentismo", en VV.AA., *Estudios sobre el despido, Homenaje al profesor A. Montoya Melgar en sus veinticinco años de Catedrático de Derecho del Trabajo*, Universidad de Madrid-Facultad de Derecho, Madrid, 1996, pág. 143.

¹⁶² Sobre la novación tácita del contrato, vid. Rivero Lamas, J., *La novación del contrato de trabajo*, cit., págs. 110-111.

¹⁶³ Vid. STSJ de Asturias de 21 de octubre de 1994 (AS 1994, 3718). En la doctrina, vid. Ballester Pastor, Mª. A., *El periodo de prueba*, cit., pág. 49.

¹⁶⁴ La STSJ de la Comunidad Valenciana de 9 de julio de 1992 (AS 1992, 3946) afirma que la superación del periodo de prueba "no es óbice para que con posterioridad se pueda extinguir el contrato por ineptitud del trabajador, conocida o sobrevenida con posterioridad, mas para ello es necesario demostrar cuáles sean los hechos que motivan la decisión empresarial, indicando en la carta de notificación de la extinción de la relación laboral los hechos concretos y determinados que justifiquen tal proceder".

¹⁶⁵ Así lo significa Sagardoy Bengoechea, J. A., "Ineptitud, falta de adaptación y absentismo", cit., pág. 143, afirmando "que, si no hay prueba, la ineptitud originaria se podrá hacer valer cuando sea conocida".

LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DURANTE EL PERIODO DE PRUEBA

por más que el empresario intente paliar los efectos negativos de tal contratación por otros medios. De ahí que resulte más ajustado, en términos de equidad, admitir en ciertos supuestos el principio de responsabilidad por culpa¹⁶⁶.

Así, en primer lugar, debe valorarse el comportamiento del trabajador a prueba, en tanto su actuación puede ocultar maliciosamente la falta de aptitud para desempeñar su tarea con el aprovechamiento debido para la empresa¹⁶⁷; dependiendo del puesto de trabajo o de la categoría del trabajador, más fácil será ocultar su impericia, sobre todo si el control de su actividad solo se obtiene al comprobar determinadas variables a largo plazo. En este supuesto, la actuación reprochable del trabajador excepcionaría la imposibilidad legal de alegación de ineptitud una vez agotado el plazo de ensayo¹⁶⁸, "por cuanto el empresario pudo dar por concluido el periodo de prueba antes de la llegada de su término final o no haber resuelto la relación a la llegada de este en base a una conducta maliciosa, fraudulenta o negligente del trabajador, con lo que su ineptitud, mostrada con posterioridad, sería en justicia imputable a él y no al empresario"¹⁶⁹. De suceder tal comportamiento, la empresa estará en condiciones de extinguir el contrato, demostrando, caso de que el trabajador impugnara el despido, las circunstancias excepcionales concurrentes, al presumirse que la superación de la prueba convalidó la falta de aptitud.

En el supuesto de ineptitud originaria, sin concurrir maquinación fraudulenta, el desconocimiento por el empleador será difícilmente excusable, porque no la descubrió pese a contar con el instrumento más idóneo, el periodo de prueba. Pudiera pensarse, al extremo, en un caso de impericia oculta, que habrá de probar la empresa¹⁷⁰. No aceptar esta excepción resultaría inequitativo para el empresario¹⁷¹, puesto que, a pesar de haber pactado la prueba y haberla desarrollado diligentemente, cargaría con el riesgo de la contratación definitiva de un trabajador que no reúne las cualidades imprescindibles.

166 Coincidimos con Barreiro González, G., "El periodo de prueba", cit., pág. 90, en que "no se puede relegar totalmente el principio de responsabilidad por culpa para colocar en su lugar una férrea responsabilidad objetiva que no admita excepción, ignorando así la realidad".

167 Como destacan Alonso Olea, M.; Casas Baamonde, M^a. E., *Derecho del Trabajo*, cit., pág. 332, es difícil que el periodo de prueba purgue la maquinación fraudulenta.

168 De esta opinión es Sagardoy Bengoechea, J. A., "Ineptitud, falta de adaptación y absentismo", cit., pág. 143, para quien "en los supuestos de ocultación o malicia por parte del trabajador durante el periodo de prueba (...) se podrá invocar esa ineptitud, ocultada, para la extinción del contrato".

169 Barreiro González, G., "El periodo de prueba", cit., pág. 90.

170 Este planteamiento en Bayón Chacón, G.; Pérez Botija, E., *Manual de Derecho del Trabajo*, Marcial Pons, 12^a ed., Vol. 1, Madrid, 1978-1979.

171 Así lo manifiesta Barreiro González, G., "El periodo de prueba", cit., pág. 90, para quien "la regla general de la LET sobre imposibilidad de alegación por el empresario de la ineptitud una vez transcurrido el periodo de prueba, admite excepciones".

4. CONSIDERACIONES FINALES

Tras lo expuesto, y como síntesis conclusiva, cabe indicar que la inclusión del periodo de prueba en el contrato de trabajo se configura como un pacto que las partes pueden concertar por escrito, si bien el conjunto de derechos y obligaciones típicos del contrato de trabajo sometido a prueba vienen determinados *ex lege*, siendo los propios derechos ligados al puesto de trabajo desempeñado. Por consiguiente, todos los derechos del trabajador, excepto aquellos relativos a la extinción del contrato, se podrán ejercitar indistintamente por cualquiera de los contratantes durante el transcurso del periodo de prueba.

En verdad, la singularidad del contrato de trabajo con pacto de prueba consiste en que mediante este se incorpora una excepción al régimen general extintivo del contrato de trabajo por despido del empresario o por resolución causal del trabajador, esto es, también por despido indirecto.

Si la norma legal no reconociera la posibilidad de libre desistimiento, ninguna consecuencia práctica tendría esta facultad extintiva acausal por el mero hecho de recogerla las partes en el contrato como condición resolutoria, porque sería contraria al principio de irrenunciabilidad de derechos que asiste al trabajador. Resultando ser la contratación con periodo de prueba un derecho dispositivo, el empresario puede renunciar a incluir este pacto en las contrataciones que lleve a cabo; derecho limitado en su caso por el trato discriminatorio que pueda resultar al distinguir entre trabajadores por circunstancias determinantes del derecho a la no discriminación, a las cuales puede reconducirse la denuncia contractual por el ejercicio de otros derechos fundamentales, aunque no de todos, así como por una aplicación injustificada y arbitraria de un trato desigual en el marco de la empresa.

Pese a las modificaciones parciales del artículo 14 LET, no se ha incidido sobre dos cuestiones que han inducido a un sector de la doctrina a defender la causalidad de la extinción del contrato aún en fase de prueba. Al incluir la obligación recíproca de realizar las experiencias que constituyan el objeto de la prueba, y al utilizar expresiones impropias cuando se refiere a la extinción del contrato —se emplea el término “desistimiento”, pero también se alude a este con el de “resolución”, cuando esta siempre ha de ser causal—, se ha sostenido la caracterización como despido de la extinción decidida por el empresario en estas condiciones, basando tal decisión, como única causa posible, en el resultado negativo de la prueba. Para que fuera aceptable esta interpretación, la fase de prueba debería prolongarse en todo caso durante el tiempo suficiente para comprobar —por medio de la experimentación real— las aptitudes del trabajador, y la empresa, por su parte, tendría que respetar unas mínimas garantías formales y de procedimiento, a fin de facilitar la defensa jurídica del trabajador que considere ha cumplido satisfactoriamente su trabajo. Pero esta argumentación supera la literalidad del precepto, sin que, por otra parte, se acomode a la *voluntas legis*. En definitiva, la consolidada regulación legal confirma la configuración anterior del pacto de prueba como periodo de libre desistimiento, sin que las reformas hayan sido aprovechadas para introducir una resolución causal como se proponía por algún sector doctrinal, exigiendo la motivación de la decisión extintiva o anudando ciertos efectos al incumplimiento del deber de experimento.

LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DURANTE EL PERIODO DE PRUEBA

De otra parte, la única causa objetiva que podría invocar el empresario para el despido en el caso de no ejecución de los cometidos inherentes a la prestación laboral para la que fue contratado el trabajador, sería la ineptitud tras la finalización del periodo de prueba; sin embargo, el legislador no admite alegar la ineptitud originaria o sobrevenida durante la fase de ensayo para extinguir válidamente el contrato [art. 52.a) LET]. La superación de la prueba purga los posibles defectos en la ejecución del trabajo que, conocidos por el empleador, no fueron denunciados en su momento, o si el desconocimiento estuvo originado por la no experimentación, salvo que aquel estuviera motivado por la conducta fraudulenta del trabajador. Parece que la solución legislativa no puede ser otra, pues el empresario no ha ejercitado diligentemente un derecho potestativo que la ley le reconoce, consistente en experimentar en tiempo oportuno la aptitud profesional, e incluso ejercer, de ser necesarias, sus facultades directivas en orden a introducir modificaciones en las condiciones originariamente pactadas en el contrato. En efecto, la denuncia del contrato durante la fase de prueba puede tener el carácter de denuncia modificativa, ya que el periodo de prueba no limita los espacios del poder empresarial como manifestación de la facultad de organizar la prestación de servicios de todos los trabajadores, sin que en estos supuestos este sujeto a los procedimientos de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo regulados en el artículo 41 LET.

Sin duda, el reconocimiento del desistimiento empresarial *ad nutum* sigue siendo la característica más sobresaliente del pacto de prueba. Desde su aparición en 1911 con la regulación del contrato de aprendizaje, y su posterior consolidación en el ordenamiento laboral, primero en la normativa sectorial y después a nivel legal, el periodo de prueba faculta al empresario a desistir de la relación contractual constituida mientras que aquel no se agote. Ejercida esta potestad de forma extemporánea, sin cobertura legal, por tanto, la extinción se convertirá en despido, calificándose de improcedente o nulo, según las circunstancias concurrentes en cada supuesto. Aunque la misma facultad se reconoce al trabajador, su trascendencia es cuantitativamente menor, casi inapreciable, ya que en todo momento puede comunicar su dimisión, con el solo requisito de respetar el plazo de preaviso [art. 49.1.d) LET]. De ahí el beneficio e interés casi exclusivo de la empresa en el pacto de prueba.

Evidentemente, el desistimiento empresarial también puede estar fundado en algunas de las “justas causas” legales. No obstante, estas son irrelevantes para el ejercicio regular de la facultad extintiva durante la fase de prueba, excepto si responde a un móvil contrario a los derechos fundamentales del trabajador, principalmente cuando oculte una razón discriminatoria. En tal caso, si alegada por el trabajador, con la aportación de indicios relevantes de su existencia, el Juez de lo Social determinará que corresponde al empresario la prueba de la inexistencia de un motivo discriminatorio, para lo cual deberán explicitarse las circunstancias conectadas con el trabajo que fundamentan el ejercicio del derecho reconocido en el artículo 14.2 LET. En los demás casos, no tiene relevancia la causa del desistimiento, si es que existe, por tratarse de un supuesto de extinción *ad nutum*.

Antes de concluir, de *lege ferenda*, cabría hacer algunas propuestas para orientar una posible reforma.

Consideramos necesarias algunas correcciones técnicas a introducir en la redacción del artículo 14 LET. La principal atañe a eliminar en el punto segundo la referencia a “la resolución de la relación

laboral”: el legislador afirma que el trabajador tiene los mismos derechos y obligaciones durante el periodo de prueba, que tras su agotamiento, pero debería expresar que son todos excepto los derivados de la “extinción” de la relación laboral, ya que al utilizar la palabra “resolución” introduce una connotación problemática y contradictoria. En el mismo párrafo, expresa la Ley que los derechos serán los correspondientes al puesto de trabajo que desempeñe “como si fuera de la plantilla”. Pues bien, el trabajador es de la plantilla, aunque su contrato sea provisional por mor de la prueba concertada, y así se explica que se compute, por ejemplo, para determinar el órgano de representación legal de los trabajadores en la empresa y también a los efectos de ser elector o —con mayor dificultad— elegible en los procesos electorales.

En la misma dirección, se debería especificar los efectos del no cumplimiento de la obligación de experimentar la prestación del trabajo debido, o cambiar el término por el de facultad o derecho a experimentar las aptitudes del trabajador para el desarrollo de la relación laboral. De otra parte, de la nulidad del pacto de prueba, por contratar a un trabajador que perteneció a la misma empresa para realizar las mismas funciones, precisando si tal nulidad lleva aparejado el reconocimiento de un periodo de antigüedad correspondiente a la duración del primer contrato, aunque haya existido solución de continuidad.

5. BIBLIOGRAFÍA

Alarcón Caracuel, M. R.; González Ortega, S., *Compendio de Seguridad Social*, Tecnos, 4ª ed., Madrid, 1991.

Albiol Montesinos, I., “Dimisión del trabajador”, en Borrajo Dacruz, E. (Dir.), *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, EDERSA, T. IX, Vol. 1º, Madrid, 1983.

Alfonso Mellado, C. L., *Indemnizaciones entre empresarios y trabajadores antes y durante la relación laboral*, tirant lo blanch, Valencia, 1994.

Alonso García, M., *Curso de Derecho del Trabajo*, Ariel, 10ª ed., Barcelona, 1987.

Alonso Olea, M., “Extinción del contrato de alta dirección por voluntad del empresario”, en VV.AA., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, T. IV, Civitas, Madrid, 1996.

Alonso Olea, M., “Resolución del contrato de trabajo en periodo de prueba y discriminación por razón de embarazo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 36, 1988.

Alonso Olea, M., “Sobre el despido en periodo de prueba; y sobre el respeto a los hechos probados jurisdiccionales”, en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, Civitas, T. II, 1985.

Alonso Olea, M., *El despido. Un estudio de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957.

Alonso Olea, M.; Casas Baamonde, Mª. E., *Derecho del Trabajo*, Civitas, 26ª ed., Madrid, 2009.

LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DURANTE EL PERIODO DE PRUEBA

- Alonso Olea, M.; Tortuero Plaza, J. L. *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, 18ª ed., Madrid, 2002.
- Ballester Pastor, M^a. A., *El periodo de prueba*, tirant lo blanch, Valencia, 1995.
- Barreiro González, G., «El periodo de prueba», en Borrajo Dacruz, E. (Dir.), *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, EDERSA, T. IV, Madrid, 1983.
- Baylos Grau, A.; Cruz Villalón, J.; Fernández López, M^a. F. *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, Trotta, 2ª ed., Madrid, 1995.
- Bayón Chacón, G.; Pérez Botija, E., *Manual de Derecho del Trabajo*, ci.
- Brignone, A.; Rendina, M., *Il patto di prova*, CEDAM, Padova, 1993.
- Brones Fábrega, A.; Ayuso Canals, I. (bajo la dirección de J. A. Sagardoy Bengoechea), *Debate parlamentario sobre el Estatuto de los Trabajadores*, Instituto de Estudios Laborales y de Seguridad Social, Zaragoza, 1982.
- Cabeza Pereiro, J., *Situaciones legales de desempleo por extinción del contrato de trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 1996.
- Capilla Roncero, F., "Desistimiento", en VV.AA., *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, T. II, Madrid, 1995.
- Cruz Villalón, J., "Problemas prácticos del periodo de prueba", *Revista de Política Social*, núm. 148, 1985.
- De la Villa Gil, L. E., *La extinción del contrato de trabajo*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1960.
- De Val Tena, A. L., "La constitucionalidad de la reforma laboral de 2012 y su proyección sobre una próxima intervención del legislador", en VV.AA., *Crisis económica y empleo: la experiencia judicial aplicativa de las últimas reformas laborales*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2021.
- De Val Tena, A. L., "La reforma laboral de 2012: sentencias TC 119/2014, de 16 de julio, y 8/2015, de 22 de enero", en VV.AA., *El control de constitucionalidad de las normas laborales y de Seguridad Social*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2015.
- De Val Tena, A. L., *Los trabajadores directivos de la empresa. Consejeros y administradores, personal de alta dirección, empleados directivos*, Thomson Reuters Aranzadi, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2010.
- De Val Tena, A. L., *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, Civitas, Madrid, 1998.
- De Val Tena, A. L., "Límites legales y convencionales a la libertad de contratación del trabajador", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 18, 1995.
- Desdentado Bonete, A.; Mercader Uguina, J. R., *El desempleo como situación protegida*, Civitas, Madrid, 1996.
- Díez-Picazo, L., "Resolución", en VV.AA., *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, T. IV, Madrid, 1995.
- Durán López, F., "El periodo de prueba", *Relaciones Laborales*, T. I, 1988.
- Escudero Rodríguez, R., "Nuevos vientos fríos en la protección por desempleo", en VV.AA., *Reforma del mercado de trabajo*, La Ley, Madrid, 1994.
- Gallego Moya, F., *El periodo de prueba en el contrato de trabajo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.

LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DURANTE EL PERIODO DE PRUEBA

- García Abellán, J., "Pacto de prueba y contrato de trabajo", en VV.AA., *Estudios dedicados al profesor García Oviedo*, Vol. II, Universidad de Sevilla, 1954.
- García Blasco, J; Pedrosa Alquézar, S. I., "Extinción en el periodo de prueba", en VV.AA., *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, Comares, Granada, 2014.
- García Fernández, M., "Tutela jurisdiccional y carga de la prueba en el proceso de trabajo", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 15, 1983.
- García Fernández, M., *La terminación del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*, Facultad de Derecho-Universidad de Palma de Mallorca, Palma de Mallorca, 1983.
- García-Perrote Escartín, I.; Tudela Cambroner, G., "Extinción del contrato por el empleador durante el periodo de prueba y no discriminación", *Relaciones Laborales*, T. I, 1985.
- González Ortega, S., "La Ley 31/1984, de protección por desempleo: objeto de la protección y personas protegidas", en VV.AA., *Comentarios a la nueva legislación laboral*, Tecnos, Madrid, 1985.
- López Gandía, J., "Artículo 14.- Periodo de prueba", en Borrajo Dacruz, E. (Dir.), *El Estatuto de los Trabajadores, Comentarios a la Ley 8/1980, de 10 de marzo*, EDERSA, Madrid, 1981.
- Martín Valverde, A., "Periodo de prueba", en VV.AA., *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, T. III, Madrid, 1995.
- Martín Valverde, A., "La Constitución como fuente del derecho del Trabajo", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 33, 1988.
- Martín Valverde, A., *El periodo de prueba en el contrato de trabajo*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1976.
- Monereo Pérez, J. L., *El sistema de protección por desempleo en España*, tirant lo blanch, Valencia, 1997.
- Monereo Pérez, J. L., *La carga de la prueba en los despidos lesivos de los derechos fundamentales*, tirant lo blanch, Valencia, 1996.
- Palomeque López, M. C., *Los derechos laborales en la Constitución Española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- Pascual Allen, C., "Forma, periodo de prueba y duración del contrato", Valdés Dal-Ré, F. (Dir.), *La reforma del mercado de trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 1994.
- Piqueras Piqueras, M. C., "La nueva regulación del periodo de prueba en la Ley 11/1994, de 19 de mayo", en VV.AA., *La reforma laboral de 1994*, Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 1996.
- Piqueras Piqueras, M. C., *La extinción del contrato durante el periodo de prueba como despido*, Ed. Ibidem, Madrid, 1995.
- Quesada Segura, R., *El contrato de servicio doméstico*, La Ley, Madrid, 1991.
- Quintanilla Navarro, R. Y., "Extinción del contrato de trabajo durante el período de prueba y lesión de derechos fundamentales", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 164, 2014.
- Ramírez Martínez, J. M., "Extinción por causas objetivas", en Borrajo Dacruz, E. (Dir.), *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, EDERSA, T. IX, Vol. 1º, Madrid, 1983.

LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DURANTE EL PERIODO DE PRUEBA

- Rivero Lamas, J., "Estructuras y contenidos de la negociación colectiva en la Ley 11/1994 (Una aproximación interpretativa)", *Documentación Laboral*, núm. 43, 1994.
- Rivero Lamas, J., "Tutela jurídica de los derechos laborales en el ordenamiento español", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 57, 1993.
- Rivero Lamas, J., "Estabilidad en el empleo en el ordenamiento laboral español", *Revista de Política Social*, núm. 70, 1966.
- Rivero Lamas, J. *La novación del contrato de trabajo*, Bosch, Barcelona, 1963.
- Rodríguez Marín, C., *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1991.
- Rodríguez Piñero, M., "Naturaleza jurídica del periodo de prueba", en VV.AA., *Estudios en homenaje a Jordana de Pozas*, Instituto de estudios Políticos, T. III, Vol. 3, Madrid, 1961.
- Rodríguez Piñero, M.; Fernández López, M^a. F., "Discriminación, carga de la prueba y prueba de presunciones", en VV.AA., *II Jornadas Hispano-Luso-Brasileñas de Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1985.
- Ron Latas, R. P., "Algunos supuestos de calificación del desistimiento durante el periodo de prueba como despido disciplinario", *Actualidad Laboral*, núm. 17, 1998.
- Ruano Albertos, S., *El régimen jurídico de los empleados de hogar*, Atelier, Barcelona, 2013.
- Sagardoy Bengoechea, J. A., "Ineptitud, falta de adaptación y absentismo", en VV.AA., *Estudios sobre el despido, Homenaje al profesor A. Montoya Melgar en sus veinticinco años de Catedrático de Derecho del Trabajo*, Universidad de Madrid-Facultad de Derecho, Madrid, 1996.
- Sala Franco, T., *La reforma del mercado de trabajo*, CISS, Valencia, 1994.
- Sala Franco, T. *et alri, Derecho del Trabajo*, tirant lo blanch, 11^a ed., Valencia, 1997.
- Sánchez Trigueros, C; Gallego Moya, F., "Situación legal de desempleo de quien es cesado durante el periodo de prueba antes del transcurso de tres meses desde el inicio de excedencia voluntaria en anterior empresa: STS, Sala Social, de 5 de marzo de 2019 (RCUD núm. 4645/2017)", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 2, 2019.
- Sempere Navarro, A. V., "Resolución del vínculo laboral y periodo de prueba", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 6, 1981.
- Solà Monells, X., "La extinción de la relación laboral de las trabajadoras embarazadas durante el período de prueba tras el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo", *Iuslabor*, núm. 1, 2020.
- Torollo González, F. J., "Extinción del contrato en periodo de prueba", en VV.AA., *Estudios sobre el despido, Homenaje al profesor A. Montoya Melgar en sus veinticinco años de Catedrático de Derecho del Trabajo*, Universidad de Madrid-Facultad de Derecho, Madrid, 1996.
- Viqueira Pérez, C., *La prestación por desempleo*, tirant lo blanch, Valencia, 1990.

APROXIMACIÓN LABORAL A LOS CONCEPTOS DE ESCLAVITUD, TRABAJO FORZOSO Y EXPLOTACIÓN LABORAL EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES*

LABOUR APPROACH TO THE CONCEPTS OF SLAVERY, FORCED LABOUR AND LABOUR EXPLOITATION IN INTERNATIONAL TREATIES

Pilar Rivas Vallejo

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Barcelona

pilar.rivas.vallejo@ub.edu ORCID [0000-0002-1766-7659](https://orcid.org/0000-0002-1766-7659)

Recepción de trabajo: 10-03-2021 - Aceptación: 11-04-2021

■ 1. FRONTERAS ENTRE EL TRABAJO FORZOSO, LA ESCLAVITUD, LA SERVIDUMBRE Y LA EXPLOTACIÓN LABORAL. 1.1. Introducción. 1.2. Fronteras difusas como punto de partida. 1.3. Delimitación de fronteras entre los diversos términos y conceptos. ■ 2. CONCEPTO DE TRABAJO FORZOSO. 2.1. Introducción. 2.2. Elementos caracterizadores. 2.3. Exclusiones. 2.4. Finalidades del trabajo forzoso. ■ 3. ESCLAVITUD Y SERVIDUMBRE. ■ 4. TRATA. ■ 5. EXPLOTACIÓN. 5.1. Explotación del trabajo y explotación de la persona. 5.2. Imposición de condiciones laborales abusivas y trabajo decente. ■ 6. SITUACIONES LABORALES FRONTERIZAS. 6.1. Condiciones laborales abusivas frente a condiciones laborales ilegales. 6.2. Integridad moral y trato degradante. 6.3. Limitación del derecho de libertad. ■ 7. Conclusiones.

* El presente trabajo constituye una versión de otro contenido en la obra *Formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos en clave de globalización, género y trata de personas*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020 ((Pedro Mercado Pacheco, María Inmaculada Ramos Tapia; Esteban Juan Pérez Alonso, Sofía Olarte Encabo, dirs.), publicada con el título "Las fronteras entre los conceptos de esclavitud, trabajo forzoso y explotación: perspectiva laboral y de género" en el contexto del proyecto de investigación *Formas contemporáneas de esclavitud. Subproyecto: Zonas grises de la esclavitud femenina: servicio doméstico, prostitución, matrimonios forzados y trabajo de niñas*. Plan Nacional. Ministerio de Ciencia e Innovación. Ref. DER2014-56417-C3-2-P, bajo el título "Las fronteras entre los conceptos de esclavitud, trabajo forzoso y explotación: perspectiva laboral y de género".

RESUMEN

En este trabajo se abordan los conceptos de esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso y explotación laboral para la búsqueda de sus líneas divisorias, así como los límites legales y consecuencias jurídicas.

PALABRAS CLAVE: esclavitud, trabajo forzoso, explotación laboral.

ABSTRACT

The aim of this article is to analyze the concepts of slavery, servitude and forced labour and labour exploitation are addressed in order to search for their dividing lines, as well as the legal limits and legal consequences.

KEYWORDS: slavery, servitude, forced labour, labour exploitation.

1. FRONTERAS ENTRE EL TRABAJO FORZOSO, LA ESCLAVITUD, LA SERVIDUMBRE Y LA EXPLOTACIÓN LABORAL

1.1. Introducción

A los fines de las próximas páginas, dedicadas a trazar los lindes conceptuales entre las diversas figuras que comprometen la voluntariedad del trabajo y el trato humano de las y los trabajadores, en un intento de aproximación a la distinción entre las diversas formas de explotación forzada de la persona con fines lucrativos, se ha optado por contextualizar el análisis en el ámbito del trabajo.

El eje conceptual del trabajo será la herramienta que permita ir separando conceptualmente diversos casos en los que la persona es explotada con fines lucrativos más allá de la legalidad aplicable y, lo que es más importante, más allá de los límites de los derechos humanos, basculando entre la voluntariedad en la prestación de un trabajo y el sometimiento a esclavitud forzada y, especialmente, sobre el elemento de la reducción de la persona a un esquema de equiparación a los atributos de la propiedad bajo el yugo de la coacción, la amenaza o la intimidación, en cualquier grado de una posible escala de intensidades de *heterocontrol*.

1.2 Fronteras difusas como punto de partida

La Organización Internacional del Trabajo es consciente de la confusión conceptual en torno a las prácticas o formas contemporáneas de esclavitud, reconociendo la existencia de un debate abierto sobre el concepto jurídico de trabajo forzoso y otras prácticas abusivas conexas (entre ellas, la trata de personas, la esclavitud y las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre por deudas o el trabajo en régimen de servidumbre, y la explotación laboral)¹, que la propia Organización Internacional del Trabajo (OIT) intentó visitar en 2007 a través de su Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones para considerar formas nuevas de trabajo forzoso que conviven con las tradicionales *esclavitud*, *trata de personas*, *servidumbre* y *trabajo forzoso*². En su Estudio general de 15 de febrero de 2007³ (en adelante “Estudio 2007”) cita la esclavitud, las prácticas aná-

1 OIT: Informe Global de la OIT, *El costo de la coacción*, 5 de diciembre de 2009, en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_106269.pdf.

2 Artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>).

3 Informe III (Parte 1B). *Estudio general relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso*, 1930 (núm. 29), y al Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105). Conferencia Internacional del Trabajo 96.ª reunión, 2007. Publicado en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_089201.pdf.

logas a la esclavitud y otras formas ilícitas de coacción para trabajar; la trata de personas con fines de explotación; el trabajo forzoso u obligatorio impuesto por el Estado con fines de producción o de servicio; la privatización de las cárceles y el trabajo penitenciario; la pena de prestación de trabajo de utilidad pública; el trabajo obligatorio como condición para percibir prestaciones por desempleo y la obligación de realizar horas extraordinarias so pena de sanción.

Este fenómeno es, además, creciente con la mundialización de la economía, que ha arropado fenómenos de delincuencia transnacional organizada en relación con la trata de personas, y ha dado cobertura a situaciones a menudo límite con el concepto clásico de la esclavitud o el más atenuado del trabajo forzoso, a veces escondidas bajo una invisibilidad⁴ especialmente cruel con las mujeres⁵. Muchos son los que han pretendido profundizar en la conceptualización de todos estos fenómenos, intentando clarificar sus fronteras, tanto entre la doctrina académica⁶ como en la jurisprudencia. Por eso las siguientes páginas serán un intento más de llegar a alguna conclusión al respecto, tanto en el marco legislativo internacional como en el caso particular del derecho español desde la perspectiva laboralista⁷.

-
- 4 Salas Porras, María: "Trabajador esclavo y contrato de esclavo: configuración jurídica", *Revista Crítica de Historia de las Relaciones Laborales y de la Política Social*. 2014, reimpresión en número 38, 2016, en <http://www.eumed.net/rev/historia/08/contrato-esclavo.html>, p. 29, y Urrutikoetxea Barrutia, Mikel: "No se ve, no se toca y sin embargo, existe: La esclavitud hoy. Hacia una reconceptualización del trabajo esclavo", *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, núm. 35, 2017, pp. 391 y 392.
 - 5 Lousada Arochena, J. Fernando: "Normativa internacional contra la explotación humana y laboral en el trabajo doméstico: La ONU y la OIT", *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, núm. 39, 2018, en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6550623.pdf>, p. 156. El autor incide en el binomio invisibilidad y aislamiento que caracteriza al trabajo doméstico, especialmente el que tiene lugar en régimen de internamiento, cuyo tratamiento social a menudo resta importancia a su verdadera gravedad.
 - 6 Valga como referente la obra colectiva dirigida por Esteban Juan Pérez Alonso, Pedro Mercado Pacheco, Sofía Olarte Encabo, Ángeles Lara Aguado, María Inmaculada Ramos Tapia, Esther Pomares Cintas, y Patricia Esquinas Valverde: *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Tirant lo Blanch, 2017. En particular, los capítulos de Jordi Bonet Pérez: "La interpretación de los conceptos de esclavitud y de otras prácticas análogas a la luz de ordenamiento jurídico internacional: Aproximación teórica y jurisdiccional", pp. 183-210, y de Martín Morales, Ricardo: "Las nuevas formas de esclavitud en los textos constitucionales y declaraciones de derechos", pp. 281-305. Asimismo, AA.VV. (Pedro Mercado Pacheco, María Inmaculada Ramos Tapia; Esteban Juan Pérez Alonso, Sofía Olarte Encabo, dirs.): *Formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos en clave de globalización, género y trata de personas*, Tirant lo Blanch, 2020.
 - 7 En el ámbito laboral, vid. especialmente Rojo Torrecilla, Eduardo: "Nueva esclavitud y trabajo forzoso: un intento de delimitación conceptual desde la perspectiva laboral", en AA.VV.: *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, op.cit. pp. 721-755. Vid. asimismo la tesis doctoral realizada por García Schwarz, Rodrigo: *Rompiendo las cadenas de una ciudadanía cautiva. De los derechos sociales a los derechos humanos fundamentales. La lucha contra el trabajo esclavo contemporáneo*. Tesis doctoral dirigida por Laura Mora Cabello de Alba (dir. tes.). Universidad de Castilla-La Mancha (2010). Desde una perspectiva penalista-laboralista, vid. los trabajos de Esther Pomares Cintas, y, en particular: "Directrices para el análisis y persecución penal de la explotación económica en condiciones de esclavitud o similares". En AA.VV.: *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, op.cit. pp. 775-794. Así como los de Carolina Villacampa, especialmente "La moderna esclavitud y su relevancia jurídico-penal", *Revista de derecho penal y criminología*, 3.ª época, n.º 10 (julio de 2013), pp. 293-342, <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2013-10-4035/Documento.pdf>. Igualmente, López Rodríguez, Josune, y Arrieta Idiákez, Francisco Javier: "La trata de seres humanos con fines de explotación laboral en la legislación española", *ICADE. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 107, 2019, DOI: <https://doi.org/10.14422/icade.i107.y2019.002>.

El punto de partida es, sin duda, la Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A (III)⁸ como “Declaración Universal de los Derechos del Hombre”, cuyo artículo 4 declara que “nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre, la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas”. Pues, aunque la *Declaración relativa a la abolición universal de la trata de esclavos*, adoptada por el Congreso de Viena en 1815⁹, es el primer instrumento internacional en condenar la esclavitud, no constituye el marco legal vigente de referencia (no sólo por la ausencia de carácter vinculante).

Pero, antes de esta proclamación, la primera de las agencias creadas por Naciones Unidas, la OIT ya había aprobado un texto legal en el que se regulaba el trabajo forzoso¹⁰, dando así lugar a la importante distinción que pretende analizarse en las siguientes páginas, esto es, la delimitación entre trabajo forzoso, esclavitud laboral, servidumbre y explotación laboral a la luz de los textos internacionales. Considerando, asimismo, que uno de los principios de la Declaración relativa a los fines y objetivos de la OIT (*Declaración de Filadelfia*), integrada como anexo a la Constitución de la OIT en 1944, por la que se establecen los principios, fines y objetivos de la organización, es el que reza: “el trabajo no es una mercancía”¹¹. Ni lo es el trabajo ni, por supuesto, lo puede ser quien lo presta o desarrolla.

1.3. Delimitación de fronteras entre los diversos términos y conceptos

Trata, explotación, trabajo forzoso, esclavitud y servidumbre son conceptos que a menudo se manejan indistintamente, pero que no son sinónimos. Y, si bien distintos textos legislativos han establecido su propia definición de algunos o la mayoría de estas figuras, lo cierto es que han conformado un consenso mundial, al haberse inspirado los textos regionales en dos grandes referentes legislativos en esta materia: el Convenio número 29 de la OIT de 1930 (y su complementario 105 de 1956)¹² y el Protocolo *para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños* de 2000, también llamado Protocolo de Palermo, este último complementario de la Convención sobre la esclavitud de 1926 y de la Convención suplementaria de 1956.

8 Consultable en [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/217\(III\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/217(III)).

9 Declaración de 8 de febrero de 1815, Consolidated Treaty Series, vol. 63, núm. 473.

10 El primero de ellos fue la Convención sobre la esclavitud de 1926, Convención de 1926 *sobre esclavitud, servidumbre, trabajo forzoso e instituciones y prácticas análogas*, League of Nations Treaty Series, vol. 60. En ella se establece que «el trabajo forzoso u obligatorio no podrá exigirse más que para fines de utilidad pública» y que los Estados parte «tomarán las medidas pertinentes para evitar que el trabajo forzoso u obligatorio lleve consigo condiciones análogas a la esclavitud» (artículo 5). Al mismo siguió el Convenio sobre trabajo forzoso de la OIT pocos años después (1930).

11 Como bien sintetiza uno de los directores generales que ha tenido la OIT, Juan Somavía (Director General de la OIT entre 1999 y 2012), “no podemos reducir el trabajo a su dimensión puramente mercantil, es la razón por la cual la OIT dice que el trabajo no es una mercancía sino un bien social”. *Desde el punto de vista económico, añade, existe efectivamente un mercado laboral, pero para el ser humano, el trabajo es fuente de dignidad personal, es fuente de estabilidad, es factor de cohesión social.*

12 Vid. desde una perspectiva laboralista Cavas Martínez, Faustino: “Trabajo libre, trabajo digno: revisando viejas ideas a propósito de un reciente informe de la OIT sobre el trabajo forzoso en el mundo”, en *Aranzadi social*, núm. 5, 2001, pp. 83-96.

Tanto las Naciones Unidas como la OIT han simultaneado su construcción de los conceptos de trabajo forzoso y de esclavitud y trata en los años 1926 y 1956 (los convenios originarios en 1926 y sus complementarios en 1956). Si bien el concepto de esclavitud y de servidumbre no se definen por la OIT, que se centra en la figura del “trabajo forzoso”, mientras que el de esclavitud y trata resultan regulados por las convenciones de Naciones Unidas, así como de otras de ámbito regional europeo (Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950), americano (Convención Americana de Derechos Humanos) o africano (Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos).

Estos textos, que reposan en las ideas maestras de interés general, de solidaridad y de normalidad, han inspirado los convenios regionales sobre derechos humanos en todo el mundo, sirviendo asimismo de inspiración para su interpretación por parte de los distintos tribunales internacionales o regionales de Justicia, como ordena el *Convenio de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados* en su artículo 31.3 c). Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la Corte de Justicia de la Comunidad Económica de África Occidental o el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia¹³, han confluído en una interpretación común de estos términos, siendo sus sentencias una declaración de intenciones de este propósito. Sin embargo, sus interpretaciones no siempre son idénticas, aun cuando sí comparten un sustrato o inspiración común. Según proclama el TEDH, “existe una analogía sorprendente, que no es fortuita, entre el párrafo 3 del artículo 4 del Convenio y el párrafo 2 del artículo 2 del Convenio núm. 29 de la OIT” (sentencia de 21 de enero de 2016, *caso L.E. contra Grecia*). Y el mismo tribunal confiesa haber tomado la definición del artículo 4.3 del convenio núm. 29 de la OIT como punto de partida para su interpretación del artículo 4 del Convenio europeo.

Si para unos tribunales la atención recae sobre el trabajo forzoso y la trata (TEDH), para otros la esclavitud y la servidumbre parecen ser la figura central, en tanto que formas especialmente agravadas, que pueden contener el resto de las formas de coacción de la voluntad de las personas para realizar un trabajo. Todos ellos convienen, asimismo, en que el fenómeno de la esclavitud, lejos de ser un vestigio histórico, es una figura incluso en auge, que se ha sofisticado en sus formas de ejecución, especialmente desde un punto de vista organizativo transnacional, reinventando las antiguas redes de trata de esclavos. Como en la época del colonialismo, el nuevo colonialismo económico del actual capitalismo rentabiliza estos modos de explotación humana, y, aunque no eleva ya a la categoría de institución legal sus formas, pues, al contrario, las proscriben y manda perseguir, hipócritamente las tolera como sistemas de enriquecimiento de redes económicas, lejos de una estructura simple de elementos mafiosos marginales. Por otra parte, los sistemas legales que regulan el trabajo no cuentan o no tienen especial interés por la persecución de las formas de explotación de las víctimas

¹³ Vid. al respecto Olarte Encabo, Sofía: “La doctrina del Tribunal Europeo de derechos humanos sobre esclavitud, servidumbre y trabajo forzado: Análisis crítico desde la perspectiva laboral”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 145, 2018 (La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia laboral. In memoriam José Vida Soria), pp. 55-86.

principales del trabajo forzoso: los trabajadores migrantes, especialmente las mujeres. El sesgo de género explica su olvido por parte de nuestros legisladores hasta décadas muy recientes¹⁴.

Todas las figuras, sean la clásica o las más contemporáneas, tienen un elemento común que se erige en finalidad del trato infligido a la víctima: obtener un beneficio económico de esta, y en todos los casos se entiende que la aplicación del concepto debe realizarse “a la luz de las concepciones que imperan en nuestros días en los Estados democráticos”. Cómo se obtenga y bajo qué circunstancias es lo que funda, en la jurisprudencia de los distintos tribunales, la distinción entre unas figuras y otras. Y, así, mientras el beneficio económico del trabajo ajeno obtenido de forma coactiva es el elemento clave y finalidad perseguida en unos casos, en otros constituye sólo una de las finalidades perseguidas o bien sólo uno de los elementos definidores de la situación. Puede decirse que la obtención de ese beneficio a partir de la explotación de la persona deriva de distintas formas de coacción, y esta diversidad es la que provoca que sea de aplicación una u otra figura, tanto a adultos como a menores (sin perjuicio del plus de protección que la legislación sobre protección a la infancia o trabajo de menores les otorga):

- *Esclavitud*: se vertebra sobre la idea de propiedad en la *Convención sobre la esclavitud* de 1926 y su *Convención suplementaria* de 1957, pero este elemento vertebrador pervive hoy día en el Estatuto de Roma. Prueba de esta actualidad es la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), cuya sentencia de 20 octubre de 2016, *caso de los trabajadores de la Hacienda Brasil Verde contra Brasil*, considera que los dos elementos fundamentales para definir una situación como esclavitud son el estado o condición de un individuo y el ejercicio de alguno de los atributos del derecho de propiedad, es decir, que el esclavizador ejerza poder o control sobre la persona esclavizada al punto de anular la personalidad de la víctima”. El concepto de propiedad cobra una relevancia para la CIDH de la que carece bajo la jurisprudencia del TEDH. A tenor del tribunal interamericano, “para determinar una situación como esclavitud en los días actuales, se deberá evaluar la manifestación de los llamados “atributos del derecho de propiedad”, que son: “a) restricción o control de la autonomía individual; b) pérdida o restricción de la libertad de movimiento de una persona; c) la obtención de un provecho por parte del perpetrador; d) la ausencia de consentimiento o de libre albedrío de la víctima, o su imposibilidad o irrelevancia debido a la amenaza de uso de la violencia u otras formas de coerción, el miedo de violencia, el engaño o las falsas promesas; e) el uso de violencia física o psicológica; f) la posición de vulnerabilidad de la víctima; g) la detención o cautiverio, i) la explotación”. Para la corte interamericana “lo importante actualmente no es la existencia de un título de propiedad

¹⁴ Aunque no por la doctrina científica. Cfr. Lousada Arochena, J. Fernando: “Normativa internacional contra la explotación humana y laboral en el trabajo doméstico: La ONU y la OIT”, *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, núm. 39, 2018, pp. 152-187, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6550623.pdf>. Asimismo, Lerussi, Romina: “Servidumbres domésticas en contextos latinoamericanos: Aproximaciones socio-jurídicas”. En AA.VV.: *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, op.cit., pp. 757-774. Y Miñarro Yanini, Margarita: «Formas esclavas de trabajo y servicio del hogar familiar: delimitación conceptual, problemática específica y propuestas (I)», *Relaciones Laborales*, n.º 10, Sección Doctrina, octubre 2014, año 30, pp. 71 y ss.

sobre el esclavo, sino el ejercicio de poderes vinculados con la propiedad que se traducen en la destrucción o anulación de la personalidad jurídica del ser humano”.

- *Servidumbre*: si los convenios internacionales y regionales separan esta figura de la esclavitud, a la que denominan forma análoga, por tanto, equiparable pero no idéntica, la Corte Interamericana de Derechos Humanos da un paso más hacia la plena equiparación, concluyendo que se trata de situaciones idénticas, aunque la *servidumbre* puede considerarse una forma más contemporánea de referirse al mismo fenómeno, el de la clásica esclavitud. La jurisprudencia del TEDH la identifica con la obligación de prestar servicios bajo el imperio de la coacción (*asunto Siliadin*, 2005¹⁵), junto con la *percepción de las víctimas respecto del carácter temporal o permanente e irreversible de su situación (caso Chowdury y otros contra Grecia*, 2017). El TEDH matiza en cualquier caso que el término *explotación* debe reservarse exclusivamente para la trata de personas.
- *Trabajo forzoso*: el TEDH distingue *trabajo forzado* de *trabajo obligatorio*, por asociar al primero a una coacción física o moral, mientras en el segundo se trata de una obligación jurídica, aunque no de una obligación jurídica cualquiera, sino del “exigido bajo la amenaza de una pena” y además contra la voluntad del interesado, para el que “no se ha ofrecido por propia voluntad”, que es precisamente la definición del trabajo forzoso del convenio número 29, en el que se equipara trabajo forzoso y trabajo obligatorio. El trabajo forzoso se identifica con el prestado de manera obligatoria por coacción privada (por exclusión de ciertas formas de carácter público como las prestaciones cívicas, que la OIT excluye con carácter general bajo condiciones de proporcionalidad en sociedades democráticas) dirigida a obtener la *doblegación* de la voluntad de la persona de manera violenta o de manera sutil, pero en todo caso garantizada por la amenaza de una pena o represalia, del tipo que sea (desde la amenaza de un daño físico a la víctima o a un tercero, la amenaza de denuncia a las autoridades, ...hasta la privación de cualquier derecho, ventaja o privilegio personal o laboral), suficiente para amedrentar a la víctima y, según sus propias circunstancias, sentirse coaccionada a prestarse a la explotación para evitar otro mal al que teme más que a una prestación de servicios forzada, bajo el denominador común de explotación de la vulnerabilidad del trabajador. El trabajo forzoso no conlleva en sí, según resulta definido, una privación de otro tipo, a tenor de la definición del convenio de la OIT según se interpreta en los diferentes estudios generales realizados por la comisión destinada a ello, como la salarial o la de descanso, pero, si esta concurre, resulta incompatible con el concepto de trabajo forzoso, pudiendo invadir las fronteras de otra figura, la de la *servidumbre*, como se interpreta por la jurisprudencia del TEDH. En esta, la *servidumbre* representa un plus sobre el trabajo forzoso en cuanto no solo supone la falta de voluntad y realización de un trabajo bajo alguna forma coactiva, sino que además las condiciones de trabajo, e incluso de vida, comportan

15 Vid. un comentario sobre esta sentencia en Boronat Tormo, Mercedes y Grima Lizandra, Vicente: “La esclavitud y la *servidumbre* en el derecho español. A propósito de la STEDH de 26 de julio de 2005 (“*Siliadin vs. Francia*”): un caso de trabajo doméstico servil”, en Carbonell Mateu, J. C.; González Cussac, J. L.; Orts Berenguer, E. y Cuerda Arnau, M^a. L. (Coord.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, vol. 1, 2009, pp. 257-286.

otras vulneraciones, graves, de derechos fundamentales, como la del salario, de movimientos, de descanso, de libertad en definitiva, más allá del lugar de trabajo y proyectada sobre la forma de vida de la víctima y contraria a su dignidad, con una vocación de permanencia o de imposibilidad para ponerle fin que llega a socavar la resistencia psicológica de la víctima. En definitiva, una persona sometida a servidumbre lo es también a trabajo forzoso, pero no, necesariamente, al contrario. Y ello es así porque el trabajo forzoso puede concurrir en el contexto de un empleo estándar, mientras que la servidumbre se define en sí misma por su carácter patológico. No en vano el Protocolo de 2014 relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso de la OIT de 2014 nos recuerda que *la definición de trabajo forzoso u obligatorio prevista en el artículo 2 del Convenio abarca el trabajo forzoso u obligatorio en todas sus formas y manifestaciones*. Pero es obvio que estas pueden graduarse en su gravedad desde un nivel muy bajo hasta formas muy graves.

- *Trata*: la OIT asocia estas formas de trabajo forzoso con *condiciones de trabajo particularmente duras y abusivas*, o «condiciones de trabajo incompatibles con la dignidad humana». Pero esta característica es común a la servidumbre. La diferencia estriba en la forma aplicada para llegar a este resultado, el del fin de la explotación que persigue la trata. Su esencia es que *la trata persigue fines de explotación* de la persona, y se caracteriza por la consideración de esta como una mercancía, siendo el objeto del tráfico el *servicio o utilidad económica* que puede obtenerse de ella y no su mera propiedad.

¿Y dónde entra la explotación laboral? La respuesta es que en todas y en ninguna. En todas forma parte de los rasgos de la figura, pero solo en un caso es el elemento determinante. Y este caso es el que puede tener tintes puramente laborales o bien incluso penales, como ocurre en el Código penal español, que tipifica la explotación laboral en el artículo 311, al regular la aplicación de condiciones ilegales como delito.

Como advierte la OIT en su informe global de 2009, se trata de un concepto que no cuenta con precedentes legislativos, ni internacionales ni nacionales. Su convención suplementaria 105 marca una diferencia entre *explotación de la persona* y *explotación del trabajo de la persona* en su apartado d), lo que permite atisbar una distinción entre esclavitud y trabajo forzoso (con el que identificar la “explotación laboral”).

Y también el Protocolo de Palermo en su artículo 3 sugiere que la trata de personas con el fin de someterlas a trabajo forzoso constituye una modalidad de explotación relacionada con el trabajo, junto con la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, o la servidumbre. Sin embargo, no se refieren como concepto autónomo a la explotación, más allá de aludir a la finalidad perseguida por la trata. No así el derecho español, que regula una figura que, aunque no se denomina explícitamente como tal, sí puede considerarse una figura que tipifica la explotación laboral y que consiste en la imposición de condiciones de trabajo ilegales (artículo 311 del Código penal).

Su represión es perseguida penalmente, pero también por otras vías, si bien las formas más graves cuentan con un aparato conceptual y represor propio y universal como es el Estatuto de Roma

y la Corte Penal Internacional que le da vida para la persecución de crímenes de lesa humanidad, entre los que se encuentra la esclavitud.

Para la OIT, el núcleo se centra en el carácter forzoso del trabajo, sobre el que pueden orbitar distintas formas de imponerlo y la condición que sobre la persona crean, más o menos limitada en su dignidad y en sus derechos, mientras que, para las Naciones Unidas, singularmente el Protocolo de Palermo, la trata de personas para someterlas a trabajo forzoso es únicamente *una forma de explotación relacionada con el trabajo, junto con la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, o la servidumbre*.

Asimismo, parece haberse posicionado como eje central en todas las figuras analizadas el factor de la *vulnerabilidad*. Como indica el Índice General de Esclavitud 2016, la vulnerabilidad para ser explotado o riesgo de explotación puede ser identificada por una serie de variables condicionantes, como son los índices de paz, democracia, corrupción, derechos humanos y acceso a servicios sociales. El entorno conformado por la combinación de estos factores es el que determina a su vez el índice de vulnerabilidad del país para generar riesgo de explotación, que se dispara si concurre una combinación de alta inestabilidad política, baja confianza en el sistema judicial y elevados índices de criminalidad, corrupción y discriminación.

Según la OIT, en su informe de diciembre de 2017 ya citado, el 71% de los casos de esclavitud en el mundo lo son de mujeres y niñas. Sin embargo, la atención principal, incluso en el tratamiento de la cuestión desde la literatura científica, siempre se detiene sobre los casos, especialmente los judicializados, protagonizados por hombres de cualquier edad. El sesgo de género está presente tanto en el abordaje científico como en las acciones institucionales, que reservan para las mujeres las campañas relacionadas con la trata de personas, donde se concentra el grueso de las distintas formas de esclavitud moderna. Siendo ello así, lo cierto es que a menudo se soslayan otras parcelas de explotación humana extrema donde la presencia de mujeres y niñas es mayoritaria, y, por otra parte, no se advierte el sesgo de género presente en las decisiones judiciales que resuelven los casos judicializados¹⁶, que advierten un plus de antijuridicidad en circunstancias de explotación que envuelven a hombres sobre las típicamente femeninas (servidumbre). Y es que la segregación de las circunstancias esclavizantes según sexos lleva aparejada también una distinta respuesta institucional y judicial, sobre la que debería profundizarse más ampliamente.

16 Cfr. Gallo, Patricia: "Talleres textiles clandestinos en Argentina: ¿trabajo esclavo o explotación laboral?", en AA.VV. (Pedro Mercado Pacheco, María Inmaculada Ramos Tapia; Esteban Juan Pérez Alonso, Sofía Olarte Encabo, dirs.): *Formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos en clave de globalización, género y trata de personas*, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 221-238. Asimismo, y en relación con el elemento central de la vulnerabilidad, Pacecca, María Inés: "Trabajo, explotación laboral, trata de personas. Categorías en cuestión en las trayectorias migratorias". *Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana: REMHU*, Vol. 19, núm. 37, 2011, en <http://remhu.csem.org.br/index.php/remhu/article/view/281>, que analiza la delimitación de los conceptos estudiados a la luz de la jurisprudencia argentina.

2. CONCEPTO DE TRABAJO FORZOSO

La Sentencia del TEDH de 23 de noviembre de 1983, caso Van der Musselle contra Bélgica, mantiene que el convenio (CEDH) no determina qué se entiende por trabajo “forzado u obligatorio” y los diversos documentos del Consejo de Europa en donde se cita no dan indicaciones concretas sobre este punto, pues sus redactores —y ejemplo de ello es el artículo 8 del proyecto del Pacto internacional relativo a los derechos civiles y políticos— se han inspirado en gran medida en un tratado anterior sobre la Organización Internacional del Trabajo: el Convenio número 29 referente al trabajo forzado u obligatorio. Como se ha afirmado por la doctrina, se trata de un texto en vigor, pese a distintos textos legales posteriores han eludido usar su definición del trabajo forzado, lo que también permite dudar acerca de su efectiva vigencia¹⁷. Ello, sin embargo y aun bajo tal prisma, no ha impedido que su filosofía se incorpore en otros textos legales y en su interpretación, avalada por los sucesivos estudios generales del Comité de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones, así como por el Protocolo de 2014, relativo al Convenio sobre el trabajo forzado.

Por otra parte, en la sentencia anteriormente citada se distingue el trabajo forzado del obligatorio¹⁸, porque el primero de ellos evoca una coacción física o moral, mientras el segundo se asocia a una obligación jurídica, aunque no a una obligación jurídica cualquiera, sino al “exigido bajo la amenaza de una pena” y además contra la voluntad del interesado, para el que “no se ha ofrecido por propia voluntad”, que es precisamente la definición del trabajo forzado del convenio número 29, en el que se equiparan trabajo forzado y trabajo obligatorio.

Pero también se afirma por el citado tribunal que “existe una analogía sorprendente, que no es fortuita, entre el párrafo 3 del artículo 4 del Convenio y el párrafo 2 del artículo 2 del Convenio núm. 29 de la OIT” (sentencia de 21 de enero de 2016, caso *L.E. contra Grecia*). Y que el Tribunal tomó la definición del artículo 4.3 del convenio núm. 29 de la OIT como punto de partida para su interpretación del artículo 4 del Convenio europeo, debiéndose examinar “a la luz de las concepciones que imperan en nuestros días en los Estados democráticos” (sentencia de 23 de noviembre de 1983, caso *Van der Musselle contra Bélgica*).

Por otra parte, la sentencia de 21 de enero de 2016, caso *L.E. contra Grecia*, sostiene que “la estructura específica del artículo 4, cuyo apartado 3 no tiende a “limitar” el ejercicio del derecho garantizado por el apartado 2 sino a “delimitar” el contenido propio de este derecho, pues forma un todo con el apartado 2 e indica lo que no está considerado como trabajo “forzado u obligatorio”. Es decir, el

17 Valverde Cano, Ana Belén: “It’s all about control: el concepto de trabajos forzados”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 22, 2019, pp. 249-250, en <http://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/27490>.

18 Sobre esta distinción a la luz del derecho internacional, vid. Valverde Cano, Ana Belén: “It’s all about control: el concepto de trabajos forzados”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 22, 2019, pp. 239-299, en <http://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/27490>. La autora establece como elemento de distinción el “continuum” en el control sobre la persona sometida al trabajo forzado.

apartado 3 contribuye a interpretar el apartado 2. Sus cuatro subpárrafos, más allá de su diversidad, reposan en las ideas maestras de interés general, de solidaridad y de normalidad”.

Aunque el Comité de Derechos Humanos, por su parte, en su interpretación del art. 8 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, define el concepto en un sentido inicialmente opuesto al del convenio número 29, en el caso CDH, *Bernadette Faure v. Australia*, de 23 de noviembre de 2005, ofrece una definición similar, marcada por el elemento degradante o deshumanizador. Concretamente, sostiene el citado comité que “el término ‘trabajo forzoso u obligatorio’ comprende toda una gama de conductas que abarcan desde el trabajo impuesto a una persona por sanción penal, particularmente en condiciones especiales de coacción o explotación o inaceptables por otro motivo, hasta trabajos menos importantes en circunstancias en las que se amenaza con un castigo como sanción comparable en caso de no efectuarse el trabajo exigido”.

El concepto se predica tanto de adultos como de menores de edad. Por tanto, resulta asimismo aplicable al trabajo de los menores al que se refiere el *Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil*, 1999 (núm. 182), que afirma que “la expresión «las peores formas de trabajo infantil» abarca, entre otras cosas, «todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y la trata de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados», según entiende la comisión de estudio de los convenios 29 y 105. Y, si bien existe un convenio específico en el que se tratan las peores formas de trabajo infantil, en la medida en que algunos Estados Miembros aún no lo han ratificado, el trabajo forzoso impuesto a los niños continuará siendo examinado en el marco del control de la aplicación del Convenio núm. 29.

2.2 Elementos caracterizadores

Por tanto, a la luz del primer convenio sobre trabajo forzoso de la OIT, para calificar como víctima de trabajo forzoso a un trabajador o a una trabajadora, estos deben estar imposibilitados de abandonar su trabajo a causa de una amenaza de castigo y deben realizar un trabajo en contra de su voluntad. Ello significa que deben concurrir dos elementos: a) falta de voluntad, y b) amenaza de castigo¹⁹:

- a. *Falta de voluntad*. El trabajo ha de ser obligatorio. Si el consentimiento para trabajar o prestar servicios ha sido dado «bajo la amenaza de una pena cualquiera», los dos criterios se superponen: no hay «ofrecimiento voluntario» bajo la amenaza, entiende el Estudio 2007.

Según el mismo estudio, “una imposición externa o una coacción indirecta que coarte la libertad de un trabajador de «ofrecerse voluntariamente» puede resultar no sólo de una disposición

¹⁹ Para el examen minucioso de estos elementos, vid. Valverde Cano, Ana Belén: “It’s all about control: el concepto de trabajos forzados”, *cit.*, pp. 254 a 263. La citada autora analiza la cuestión a la luz de dos criterios: el de la carga desproporcionada y el de la naturaleza y volumen de trabajo, ambos manejados en la jurisprudencia del TEDH.

dimanante de las autoridades, como un instrumento reglamentario, sino también de prácticas adoptadas por empleadores, como, por ejemplo, cuando los trabajadores migrantes son inducidos a engaño y, víctimas de falsas promesas, se les retienen los documentos de identidad o se les obliga a permanecer a disposición de un empleador” (o, como ocurre en el caso analizado por la sentencia del TEDH de 26 de julio de 2005, *caso Siliadin contra Francia*, se les hace creer así, porque las circunstancias especiales de vulnerabilidad de la víctima la hacían vulnerable a esta falsa amenaza). En cualquier caso, según sostiene el TEDH en la sentencia de 30 de marzo de 2017, *caso Chowdury y otros contra Grecia*, la validez del consentimiento debe ser evaluada a la luz de las circunstancias del caso.

En sí misma, la necesidad de trabajar por razones alimenticias no podría entenderse equivalente a esta falta de voluntad, pero el estudio general admite que sí podría ser pertinente sólo en concomitancia con otros factores respecto de los cuales el Estado y los empleadores pueden ser responsables. Ni tampoco la prestación obligatoria de un servicio propio de una profesión o de los requisitos de acceso a la misma, como sucede en el caso de la sentencia de 23 de noviembre de 1983, *caso Van der Musselle contra Bélgica*, respecto de la profesión de abogado (lo que incluiría la pasantía obligatoria o prácticas no remuneradas), porque, además de obligatoria, debe ser “injusta” u “opresiva” o su ejecución representar “realmente una carga” o, en otros términos, ser inútilmente penosa o vejatoria. Según entiende la sentencia citada, “podría considerarse en este caso como un servicio que ha de realizarse para acceder a una determinada profesión si impusiera una carga demasiado pesada o tuviera un carácter desproporcionado con las ventajas que comporta el ejercicio futuro de la profesión, que el servicio pudiera considerarse como no aceptado voluntariamente; esto podría ocurrir, por ejemplo, cuando la tarea a realizar no tuviera nada que ver con la profesión que se quiera desempeñar”²⁰.

Finalmente, el inalienable derecho de los trabajadores a la libre elección del empleo conlleva calificar también de falta de voluntariedad en la prestación del trabajo aquel caso en el que se aceptó voluntariamente, pero en el que se permanece forzosamente, limitando la revocación del consentimiento libremente otorgado. Esto es, impedir al trabajador (a) que abandone el trabajo para el que previamente se obligó voluntariamente también sería un supuesto de trabajo forzoso. Y del mismo modo lo sería retenerle contra su voluntad cuando su contrato temporal ha expirado, violentando su libertad de abandonar el empleo. Ha de concurrir en todo caso coacción, sea esta jurídica, física o psicológica, concepto interpretado por el TEDH en su sentencia de 23 de noviembre de 1983, *caso Van der Musselle contra Bélgica*, que asocia “forzado” con coacción física o moral.

A las anteriores situaciones se asimila el empleo de menores de la edad mínima permitida por las legislaciones nacionales para acceder al empleo, en la medida en que el consentimiento

20 Es el caso también de la sentencia del TEDH de 18 de octubre de 2011, *Caso Graziani-Weiss contra Austria*, sobre otro supuesto de abogado nombrado de oficio como tutor de persona enferma mental para la gestión de los ingresos y la representación ante los tribunales y otras autoridades, entendido como servicio que forma parte de las obligaciones normales que debe prestar un abogado en ejercicio y en las que no se aprecia carga desproporcionada alguna.

prestado no es válido, de acuerdo con el Convenio sobre la edad mínima 1973 (núm. 138), artículo 3.1, y el Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (núm. 182), artículos 1 a 3.

- b. *Amenaza de castigo*. La pena a la que se refiere el convenio, según el Estudio 2007, “podría revestir no solo la forma de una sanción penal, sino que podía tratarse también de la privación de cualquier derecho o ventaja”. O, como indica el Informe Global de la OIT, *El costo de la coacción* (2009), amenazas de denuncia a la policía o a las autoridades de inmigración cuando la víctima se encuentra en una situación laboral ilegal (sentencia del TEDH de 26 de julio de 2005, *caso Siliadin contra Francia*), la confiscación de la documentación de identidad, o penas económicas.

El carácter forzoso u obligatorio implica que el individuo no puede abandonarlo so pena de sufrir una represalia, sin que sea determinado el alcance o gravedad de tal “pena” (aunque deba entenderse que será lo suficientemente grave como para funcionar de forma coercitiva sobre la persona), ni tampoco el destinatario de la misma, que podría no ser siquiera la propia persona forzada a trabajar. Según la interpretación auténtica que realiza la comisión del *Estudio 2007*, “esto puede ocurrir, por ejemplo, cuando las personas que se niegan a llevar a cabo un trabajo voluntario se exponen a perder determinados derechos, ventajas o privilegios, en una situación en la cual dichos derechos, privilegios u otras ventajas (tales como ascensos, traslados, acceso a un nuevo empleo, adquisición de determinados bienes de consumo, vivienda o participación en programas universitarios) dependen de los méritos acumulados e inscritos en el expediente laboral por los trabajadores”. También lo sería cualquier otra que pueda implicar una desventaja, como considera el TEDH en la sentencia de 23 de noviembre de 1983, *caso Van der Mussel contra Bélgica*, en la que esta pena consiste en el rechazo de la colegiación del abogado en prácticas. En la sentencia del mismo tribunal, de 11 de octubre de 2012, *caso C.N. contra Francia*, se entiende por tal la devolución al país de origen de la víctima.

Esta “amenaza” cuesta de asimilar en el contexto de una relación laboral estándar, en la que la amenaza podría equiparse a la obligatoria realización de horas extraordinarias bajo el chantaje descrito, lo que, de acuerdo con las legislaciones nacionales europeas, y en particular la española, nunca podría calificarse como supuesto de trabajo forzoso, sino como abuso empresarial o ejercicio irregular de sus facultades directivas, tutelable dentro del marco contractual por la jurisdicción social. No obstante, la Comisión de estudio del convenio, en su Estudio 2007, se cuestionaba si determinadas prácticas no podrían ser asimilables al trabajo forzoso en la medida en que se produce una explotación de la vulnerabilidad del trabajador “amenazado con el despido, o forzado a trabajar más allá de la jornada ordinaria de trabajo para cumplir con metas de producción que le permitan alcanzar el salario mínimo, limita su libertad, sus derechos a rechazar trabajo impuesto bajo la amenaza de una pena”.

Esta definición prescinde del modo, causas o circunstancias, que lleven al trabajo forzoso (aunque sí se describen en el Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso número 105 de la OIT), para centrarse en los dos elementos señalados: que se realiza contra la voluntad del individuo que lo presta y bajo una amenaza de castigo o represalia. Por ello resulta compatible con la referencia

a la “trata” que contiene el artículo 4 como vía para colocar a un individuo bajo esa posición de sumisión que implica el trabajo forzoso (y sinónimo de “comercio”), aunque, como se verá, la trata conlleva en sí un sometimiento a explotación que tampoco tiene carácter voluntario para la víctima y que conforma, por la unión de ambos elementos, el resultado o situación definido como tal.

El convenio número 105 utiliza como términos sinónimos los de “forzoso” y “obligatorio” en su artículo 1²¹ para mantener la definición anteriormente descrita. Pero no se refiere a la trata. Al contrario que el Protocolo de 2014 relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930, adoptado en Ginebra, en la 103ª reunión CIT (11 de junio de 2014), y en vigor desde el 9 de noviembre de 2016, que recuerda que *la definición de trabajo forzoso u obligatorio prevista en el artículo 2 del Convenio abarca el trabajo forzoso u obligatorio en todas sus formas y manifestaciones (y se aplica a todos los seres humanos sin distinción) y, en concreto, en su artículo 3 “reafirma la definición de trabajo forzoso u obligatorio contenida en el Convenio”, refiriéndose a continuación explícitamente a la trata de personas con fines de trabajo forzoso u obligatorio. Pero es obvio que estas pueden graduarse en su gravedad desde un nivel muy bajo hasta formas muy graves.*

Por otra parte, el concepto así definido no implica que la forma en la que se ejecute el trabajo sea en sí misma vejatoria, humillante, indigna (como sienta la Comisión de la OIT en su Estudio 2007, en las definiciones de la trata, la explotación de mano de obra como principal objetivo suele estar asociada a *condiciones de trabajo particularmente duras y abusivas*, o «condiciones de trabajo incompatibles con la dignidad humana») o bajo sumisión permanente, ni que la sujeción a dicho carácter forzoso tenga una duración específica en el tiempo. Que sea así lo demuestran las propias excepciones previstas en el convenio aludido cuando se refieren a servicios que se dispongan como obligatorios para los ciudadanos de un territorio por sus legítimos gobernantes.

2.3. Exclusiones

Asimismo, hay que considerar ciertas exclusiones o excepciones que el propio convenio entiende que quedarían fuera del ámbito de la prohibición del trabajo forzoso, siempre y cuando no constituyan casos de «movilización y utilización de la mano de obra con fines de fomento económico», al traspasar los límites delimitados por el artículo 2, apartado 2:

- a. *el cumplimiento del servicio militar obligatorio o análogo (siempre y cuando se trate de «un trabajo de carácter puramente militar» y no «como método de movilización y utilización de la mano de obra con fines de fomento económico»²²),*

21 Términos que se utilizan como sinónimos en otros instrumentos legales procedentes de la OIT, como es el caso de la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su octogésima sexta reunión, Ginebra, 18 de junio de 1998, artículo 2 b).

22 El TEDH aclara que esta prestación obligatoria no puede identificarse con la carrera militar, por lo que la adscripción forzosa a un trabajo tampoco estará incluida en la excepción (sentencia de 4 de junio de 2015, *caso Chitos contra Grecia*).

- b. las *obligaciones cívicas normales de los ciudadanos de un país*, sobre la base de una concepción de solidaridad social²³ (con inclusión de los pequeños trabajos comunales en beneficio directo de la comunidad, pero también otras obligaciones cívicas como la integración en un jurado popular o las derivadas de procesos electorales); junto a estos, se citan los trabajos comunales (art. 2.2.e del Convenio);
- c. los que se deriven de *una condena pronunciada por sentencia judicial* (de un Estado de Derecho), ya sea un trabajo penitenciario obligatorio o un trabajo exigido en virtud de la imposición de otros tipos de condenas, como una sentencia de trabajo comunitario (pero nunca la cesión o puesta a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado, no consentidos por el recluso, tanto si los trabajos se realizan fuera del establecimiento penitenciario como si se ejecutan dentro de este en talleres de empresas privadas en el interior de las prisiones²⁴), con exclusión de los impuestos a personas condenadas por sus opiniones o por haber participado en una huelga (ya que en estos casos el trabajo no cumple funciones de reinserción social, sino de represión por ideología, y constituye medio de coerción política, una de las formas que puede adoptar, según el propio convenio, el trabajo forzoso —artículo 1—), y de los llamados “trabajos forzados” en los que el trabajo forma parte de la propia sanción penal²⁵;
- d. o *los trabajos que exijan circunstancias de fuerza mayor* (guerra, siniestros o amenaza de siniestros y en todas las circunstancias que pongan en peligro o amenacen poner en peligro la vida o las condiciones normales de existencia de toda o parte de la población)²⁶ y solo por el tiempo estrictamente necesario. No así los trabajos públicos de interés general o el servicio obligatorio con fines de desarrollo nacional²⁷.

23 Sentencia del TEDH de 18 de octubre de 2011, *Caso Graziani-Weiss contra Austria*.

24 *Abolición del trabajo forzoso*, Estudio general de 1979, párr. 98, y *Estudio general* de 2007, cit., p. 28. La Memoria de la OIT sobre el trabajo penitenciario, vol. V, núm. 5, detalla estas condiciones. El Estudio 2007 se muestra más contundente al afirmar que no constituye trabajo forzoso el prestado en establecimientos penitenciarios por reclusos condenados por sentencia judicial “aun en el caso en que el trabajo se imponga a estas personas bajo la amenaza de sanciones y contra su voluntad” (op.cit., 82). Son de aplicación las reglas 96 a 103 de las reglas internacionales para el tratamiento de los internos, aprobadas el 17 de diciembre de 2015 en Viena por la Comisión de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y la Justicia Penal (sentencia del TEDH de 21 de enero de 2016, *caso L.E. contra Grecia*). El TEDH entiende que no es exigible el alta en un sistema de la Seguridad social para aplicar la exclusión en la sentencia de 7 de julio de 2011, *asunto Stummer contra Austria GS*.

25 Como señala la comisión de estudio de la OIT, las expresiones «trabajos forzados» (es decir, un tipo específico de pena impuesta en virtud del derecho penal de algunos países) y «trabajo forzoso» (utilizada en el Convenio) son consideradas en algunos idiomas como equivalentes o similares (*El trabajo forzoso*, Estudio general de 1968, párr. 86, y *Abolición del trabajo forzoso*, *Estudio general* de 1979). Y *Estudio general* de 2007, cit., p. 84.

26 El artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) efectúa las mismas exclusiones.

27 Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Informe III (Parte IV), Conferencia Internacional del Trabajo, 46.ª reunión, Ginebra, 1962, Tercera parte: El trabajo forzoso.

El *Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso de 1957* (número 105), de la OIT, adoptado en la 40ª reunión de la CIT de 25 de junio de 1957, no efectúa excepción alguna a la prohibición absoluta del trabajo forzoso u obligatorio, lo que no significa la derogación de la excepción, dado el carácter complementario de este convenio (incluso la comisión autora del Estudio 2007 insiste en que el mantenimiento transitorio y excepcional del trabajo forzoso para fines públicos admitido por el artículo 1.2 del convenio de 1929 debe entenderse transcurrido y, por tanto, perdido el vigor de tal disposición).

En el ámbito europeo, el *Convenio Europeo de Derechos Humanos* (1950) considera excluidos del concepto en su artículo 4.3: a) todo trabajo exigido normalmente a una persona privada de libertad en las condiciones previstas por el artículo 5 del Convenio, o durante su libertad condicional; b) todo servicio de carácter militar o, en el caso de objetores de conciencia en los países en que la objeción de conciencia sea reconocida como legítima, cualquier otro servicio sustitutivo del servicio militar obligatorio; c) todo servicio exigido cuando alguna emergencia o calamidad amenacen la vida o el bienestar de la comunidad; d) todo trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales. Por tanto, se trata de la transcripción de las causas previstas en el convenio de la OIT. Mas adelante se tratará sobre la interpretación que el TEDH ha efectuado de este precepto y del concepto que en él se establece del “trabajo forzoso”, al que denomina “forzado u obligatorio”.

Y, en el ámbito americano, la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1969) excluye en su artículo 6: a) los trabajos o servicios que se exijan normalmente de una persona reclusa en cumplimiento de una sentencia o resolución formal dictada por la autoridad judicial competente (tales trabajos o servicios deberán realizarse bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas, y los individuos que los efectúen no serán puestos a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado); b) el servicio militar y, en los países donde se admite exención por razones de conciencia, el servicio nacional que la ley establezca en lugar de aquel; c) el servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la existencia o el bienestar de la comunidad, y d) el trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales. Como puede constatarse, ambos textos, a su vez inspirados en el convenio núm. 26 de la OIT, son prácticamente idénticos. Como en el caso anterior, también la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha realizado su propia interpretación del concepto de trabajo forzoso.

2.4 Finalidades del trabajo forzoso

Pero, por otra parte, el *Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso número 105 de la OIT, de 1957*, no prohíbe todas las formas de trabajo forzoso, exclusión de las excepciones previstas en el convenio núm. 29, sino que directamente considera como tales sólo a las enumeradas en el artículo 1. El convenio no incide sobre el concepto en sí, pero sí sobre la finalidad que pueda perseguir el sometimiento a trabajo forzoso u obligatorio, elemento que permite asimismo construir el concepto, que en realidad definen los casos en los que puede considerarse prohibido el trabajo forzoso (y admitido, por tanto, en los restantes).

Y así, su artículo 1 enumera cinco medios o formas que el mismo puede perseguir: como medio de coerción o de educación políticas o como castigo basado en razones políticas o ideológicas (por

manifestar oposición ideológica al orden político, social o económico establecido), como método de movilización y utilización de la mano de obra con fines de fomento económico (aun temporal o excepcional)²⁸, como medida de disciplina en el trabajo, como castigo por participación en huelgas (legales o en todo caso que no pongan en peligro la vida o la salud de las personas o que persigan una finalidad puramente política²⁹), y como medida de discriminación racial, social, nacional o religiosa³⁰.

Este matiz aleja si cabe más claramente el trabajo forzoso del concepto de esclavitud laboral o trata y parece acercarlo más a una situación de instrumentalidad transitoria, vinculada a regímenes políticos que emplean el trabajo forzoso como forma de doblegar ideologías políticas principalmente. Pero resulta aún más claro si se considera que, bajo los convenios 29 y 105, podría calificarse como trabajo forzoso todo aquel en el que el o la trabajadora no prestara su consentimiento para la continuación de la relación laboral, o que fuera obligado(a) a continuar en el puesto de trabajo como sanción a su abandono, según prevén algunas legislaciones nacionales para sus empleados públicos destinados a servicios esenciales para la comunidad³¹.

El convenio no se refiere explícitamente a otras formas surgidas con posterioridad a su aprobación, que sí son consideradas en el Estudio 2007, ya citado, como son: a) los trabajos de utilidad pública, que se consideran como una alternativa al encarcelamiento y que pueden incidir en la observancia del Convenio; b) la privatización de las cárceles y el trabajo penitenciario privatizado, que se entiende pueden estar de conformidad con el artículo 2, párrafo 1, siempre que tal trabajo sea realizado voluntariamente y sin amenazas o sanciones; c) el trabajo obligatorio como condición para percibir las prestaciones de desempleo³², y d) la imposición de horas extraordinarias de trabajo (bajo el miedo fundado a perder el empleo o no alcanzar el salario mínimo en sistemas salariales a rendimiento), propias de maquilas y plantaciones o de empleados públicos.

28 El convenio rechaza toda imposición obligatoria de trabajo o movilización obligatoria de mano de obra que se establezca por las autoridades públicas con fines de fomento económico, aunque reconoce la derogación de estas prácticas en la mayoría de los Estados miembros (párrafo 168 del Estudio 2007).

29 Según el párrafo 188 del Estudio 2007, la prohibición de dichas huelgas no se halla dentro del campo de aplicación del Convenio núm. 105.

30 La Comisión aclara en su Estudio 2007 que ello incluye el delito sancionado es común, pero resulta agravado o calificado con esta nota discriminatoria en su imposición (párrafo 190).

31 Estudio General 2007, párrafos 177 y 178. No podría entenderse así el establecimiento de servicios mínimos en caso de huelga que puedan acordarse por el gobierno (v.g. caso español), por cuanto estos no se imponen como pena correctiva al abandono del trabajo, sino como medida pública para la cobertura de servicios mínimos esenciales para la comunidad. La Comisión entiende que sólo pueden considerarse servicios esenciales aquéllos cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población (párrafo 185 del estudio general). Los supuestos se describen por el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT en *La libertad sindical, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, quinta edición (revisada), 2006.

32 Al respecto la Comisión afirma que, en la medida en que el trabajo exigido no corresponda a un «empleo conveniente», se estaría en presencia de una forma de trabajo forzoso, si bien el Comité Europeo de Derechos Sociales, en sus Conclusiones XVII-1 sobre el caso de Dinamarca (2004), subrayó la obligación de aceptar cualquier empleo, independientemente de su categoría ocupacional, precisamente con miras a brindarles la oportunidad de hallar un empleo adecuado acorde con sus preferencias, competencias y calificaciones.

3. ESCLAVITUD Y SERVIDUMBRE

La *Convención sobre la esclavitud*, firmada en Ginebra por la Sociedad de Naciones el 25 de septiembre de 1926, define la esclavitud como “el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o alguno de ellos” (artículo 1) y la trata de esclavos como “todo acto de captura, adquisición o cesión de un individuo para venderle o cambiarlo; todo acto de cesión por venta o cambio de un esclavo adquirido para venderlo o cambiarlo y, en general, todo acto de comercio de transporte de esclavos” (artículo 2).

La Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud (Ginebra, 7 de septiembre de 1956) define (apartado a) la “esclavitud”, según lo previsto en el convenio de 1926, como “el estado o condición de las personas sobre las que se ejercen todos o parte de los poderes atribuidos al derecho de propiedad, y como “esclavo” a “toda persona en tal estado o condición”. En el apartado b) se refiere a la expresión “persona de condición servil” para indicar “toda persona colocada en la condición o estado que resulta de alguna de las instituciones o prácticas mencionadas en el artículo 1 de la Convención”.

Parece, pues, que la condición de servidumbre constituye un grado inferior en la sujeción personal que deriva de la cosificación de la persona como bien propiedad de un titular. La jurisprudencia del TEDH, admitiendo que no existe una definición expresa, entiende en las sentencias sobre los asuntos *Seguin*³³ y *Siliadin*³⁴ que esta «prohíbe una forma de negación de la libertad, particularmente grave» (y cita en tal sentido el informe de la Comisión en el *asunto Van Droogenbroeck contra Bélgica* de 9 de julio de 1980, serie B, vol. 44, pg. 30, aps. 78 a 80), y que engloba, «además de la obligación de proporcionar a otra persona ciertos servicios (...) la obligación para el «siervo» de vivir en la propiedad de otra persona y la imposibilidad de cambiar su condición». De ello resulta, entiende el tribunal, que la «servidumbre», tal y como la entiende el Convenio, se considera la obligación de prestar servicios bajo el imperio de la coacción y que debe vincularse a la noción de «esclavitud» que la precede³⁵. No parece que esta definición se distinga del trabajo forzoso, sino que describa la condición en la que queda la persona sometida al mismo, si no fuera por el resto de circunstancias concurrentes en este caso conforman un resultado distinto y de mayor gravedad que la mera falta de voluntad y amenaza de pena (trabajo durante quince horas al día y siete días a la semana, no habiendo elegido trabajar para el empleador al que fue destinada, menor de edad y vulnerable por encontrarse sola y sin recursos en un país extranjero, sin alojamiento ni medio de vida fuera del do-

33 Sentencia del TEDH de 16 de abril de 2002, caso *Seguin contra Francia* (núm. 42400/98).

34 Sentencia del TEDH de 26 de julio de 2005, caso *Siliadin contra Francia*.

35 A lo que Lousada Arochena denomina “esclavitud de facto” como sinónimo de la servidumbre, apelando a la inexistencia de una definición legal del concepto de servidumbre, y al que añade un perfil que califica de novedoso, como es la conceptualización de estas situaciones como forma de violencia de género (Lousada Arochena, J. Fernando: “Normativa internacional contra la explotación humana y laboral en el trabajo doméstico: La ONU y la OIT”, *cit.* pp. 162 a 164).

micilio de los empleadores, a merced total de los mismos, bajo confiscación de su documentación y promesa falsa de legalización de su situación, amenaza de denuncia a la policía, y sin permiso para salir de casa salvo para supuestos muy concretos relacionados con los servicios prestados, sin tiempo libre ni libertad de movimientos³⁶).

Por otra parte, el TEDH introduce un elemento de distinción entre trabajo forzoso y servidumbre en su sentencia 30 de marzo de 2017 (*caso Chowdury y otros contra Grecia*), que estriba en la *percepción de las víctimas respecto del carácter temporal o permanente e irreversible de su situación*. Insiste el tribunal en que debe distinguirse claramente explotación en el sentido de trata, utilizando el término *explotación* de manera exclusivamente vinculada a la trata de personas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, que afirma compartir criterio con el Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para la ex-Yugoslavia, el Tribunal Especial para Sierra Leona, y la Corte de Justicia de la Comunidad Económica de África Occidental, analiza, *in extenso*, el concepto de propiedad en su sentencia de 20 octubre de 2016, caso *trabajadores de la Hacienda Brasil Verde contra Brasil*. Dicha sentencia contiene una explícita y prolija definición, que parte de dos elementos fundamentales para “definir una situación como esclavitud”, que son el estado o condición de un individuo y el ejercicio de alguno de los atributos del derecho de propiedad, es decir, que el esclavizador ejerza poder o control sobre la persona esclavizada al punto de anular la personalidad de la víctima”. La citada sentencia afirma que, “para determinar una situación como esclavitud en los días actuales, se deberá evaluar, con base en los siguientes elementos, la manifestación de los llamados “atributos del derecho de propiedad”: a) restricción o control de la autonomía individual; b) pérdida o restricción de la libertad de movimiento de una persona; c) la obtención de un provecho por parte del perpetrador; d) la ausencia de consentimiento o de libre albedrío de la víctima, o su imposibilidad o irrelevancia debido a la amenaza de uso de la violencia u otras formas de coerción, el miedo de violencia, el engaño o las falsas promesas; e) el uso de violencia física o psicológica; f) la posición de vulnerabilidad de la víctima; g) la detención o cautiverio, i) la explotación”³⁷.

Respecto de la servidumbre, la misma sentencia sostiene que, a tenor de la jurisprudencia de distintos tribunales internacionales y también del TEDH, constituye una forma análoga a la esclavitud, de lo que infiere que “la prohibición absoluta de la esclavitud tradicional y su interpretación han evolucionado de modo que también comprende determinadas formas análogas de ese fenómeno, el cual se manifiesta en los días actuales de diversas maneras, pero manteniendo determinadas características esenciales comunes a la esclavitud tradicional, como el ejercicio de control sobre

36 Sobre este tema, vid. Salcedo Beltrán, M^a del Carmen: “El trabajo doméstico en España: planteamientos y desafíos insoslayables frente a la “esclavitud moderna””. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 55, 2020.

37 En la misma línea, Lousada Arochena (op.cit., p. 165). Para el citado autor, “la servidumbre doméstica no solo constituye una diferencia de trato entre quien la sufre respecto a quien no la sufre, también constituye una diferencia de estado que coloca a una persona en una situación de subordinación contraria a su dignidad por ser mujer o realizar un trabajo propio de mujeres”, de suerte que la servidumbre doméstica constituye una forma de violencia de género. Sobre la gravedad del problema y recomendaciones para atajarlo, vid. Shahinian, Gulnara: “La servidumbre doméstica: un problema mundial de derechos humanos” – Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de esclavitud, documento A/HRC/15/20, en www.acnur.org.

una persona mediante coacción física o psicológica de tal manera que implique la pérdida de su autonomía individual y la explotación contra su voluntad". Para concluir que "por lo tanto, la Corte Interamericana considera que la servidumbre es una forma análoga de esclavitud y debe recibir la misma protección y conlleva las mismas obligaciones que la esclavitud tradicional".

Para el Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para la ex-Yugoslavia, los criterios para determinar la existencia de una situación de esclavitud o reducción a la servidumbre son similares: a) restricción o control de la autonomía individual, la libertad de elección o la libertad de movimiento de una persona; b) la obtención de un provecho por parte del perpetrador; c) la ausencia de consentimiento o de libre albedrío de la víctima, o su imposibilidad o irrelevancia debido a la amenaza de uso de la violencia u otras formas de coerción, el miedo de violencia, el engaño o las falsas promesas; d) el abuso de poder; e) la posición de vulnerabilidad de la víctima; f) la detención o cautiverio, y g) la opresión psicológica por las condiciones socio-económicas. Otros indicadores de esclavitud serían: h) la explotación; i) la exacción de trabajo o servicios forzosos u obligatorios, por lo general sin remuneración y ligados frecuentemente —aunque no necesariamente— a la penuria física, el sexo, la prostitución y la trata de personas. Como analiza la sentencia *Hacienda Brasil* para referirse a la doctrina del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, "lo importante actualmente no es la existencia de un título de propiedad sobre el esclavo, sino el ejercicio de poderes vinculados con la propiedad que se traducen en la destrucción o anulación de la personalidad jurídica del ser humano" (apartado 259).

Finalmente, el análisis de la jurisprudencia europea y latinoamericana arroja una inquietante doble perspectiva en el análisis de los casos que envuelven a mujeres en el trabajo doméstico forzado, a menudo calificados como formas menores de trabajo coactivo, frente a los que se conceptúan como formas más graves³⁸.

4. TRATA

Los diversos textos internacionales, ya citados, y también los nacionales, proclaman la abolición de la esclavitud, aunque no lo hacen de manera unánime y expresa todos los países, en algunos casos por considerar superado tanto el concepto como el riesgo (v.g. España y otros países de la Unión Europea), lo que conduce a que tampoco algunos códigos penales occidentales tipifiquen como delito la "esclavitud"³⁹, pero sí la trata de personas, concepto heredero de la vieja esclavitud.

38 Lousada Arochena sistematiza tales elementos en una cuádruple tipología: factores económicos, vulneración de derechos civiles, vulneración de derechos sociales y malos tratos físicos o psicológicos (Lousada Arochena, J. Fernando: "Normativa internacional contra la explotación humana y laboral en el trabajo doméstico: La ONU y la OIT", *op.cit.*, p. 162).

39 En el caso de España, se tipifican en el artículo 311 del Código penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal) el tráfico de mano de obra, mas no el sometimiento a esclavitud, y en el artículo 172 del mismo texto el delito de coacciones (compeler a otro a efectuar lo que no quiere), pero, de nuevo, el delito no se ajusta exactamente a la conducta que puede definirse como sometimiento a esclavitud.

El *Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena*, adoptado por la Asamblea General en su resolución 317 (IV) de 2 de diciembre de 1949, se centra en la trata orientada a la prostitución, aunque no orbita alrededor de su carácter forzoso, por entender que toda explotación de la prostitución constituye trata⁴⁰. El viejo convenio de Naciones Unidas no enfatizaba, pues, el carácter forzoso, sino simplemente la participación en la explotación sexual de una persona. El artículo 17 vincula la trata de personas (para fines de explotación sexual) a la emigración, asumiendo que la trata lo es por definición de personas extranjeras. La explotación sexual se contextualiza en el mercado de trabajo, en el artículo 20, al dirigir a las agencias de colocación su mirada inspectora con el fin de “impedir que las personas que buscan trabajo, en especial las mujeres y los niños, se expongan al peligro de la prostitución”.

El concepto de trata de personas, que parece haber robado su protagonismo a la esclavitud por su crecimiento y actualidad mundial, no contaba con una definición unívoca hasta el *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños* (Palermo, 2000), que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (hecha en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, resolución A/RES/55/25).

En su artículo 3 a) el convenio sienta la definición universal del concepto de “trata de personas”, entendiendo por tal “la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”. La Comisión de la OIT, en su Estudio 2007, incide en que, en las definiciones de la trata, la explotación de mano de obra como principal objetivo suele estar asociada a *condiciones de trabajo particularmente duras y abusivas*, o «condiciones de trabajo incompatibles con la dignidad humana». Por tanto, se trata de un concepto que comporta un plus sobre el trabajo forzoso, que no necesariamente implica trato indigno.

Y ello es así porque, según clarifica la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), guardián de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos, se buscó de *propósito* esta unidad conceptual de tres elementos indisolubles: la acción (captación...), los medios (la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción...), y el fin de explotación. Razón por la cual el protocolo no define ninguna otra conducta distinta a la de trata, ni tipifica otras conductas integrantes de la definición, v.g. la explotación de la prostitución, sin perjuicio de las opciones por las que se inclinen las legislaciones nacionales.

40 Marin de Espinosa Ceballos, Elena Blanca: “Lucrarse explotando la prostitución ajena, aún con el consentimiento: ¿Cabe el reconocimiento de la prostitución consentida como una relación laboral?”, en AA.VV. (Pedro Mercado Pacheco, María Inmaculada Ramos Tapia; Esteban Juan Pérez Alonso, Sofía Olarte Encabo, dirs.): *Formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos en clave de globalización, género y trata de personas*, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 695-719.

Para la Convención del Consejo de Europa sobre la acción contra el tráfico de seres humanos (Varsovia, 2005), “la expresión «trata de seres humanos» designa la contratación, el transporte, el traslado, el alojamiento o la acogida de personas mediante amenazas de recurrir a la fuerza, recurso a la fuerza o cualquier otra forma de obligación, mediante raptos, fraude, engaño, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad o mediante la oferta o la aceptación de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra con fines de explotación. *La explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena o bien otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos*”. En cambio, el Convenio Europeo de Derechos Humanos no se refiere a la trata, limitándose a declarar el derecho a no ser sometido a esclavitud o a servidumbre.

La diferencia entre ambas definiciones (Palermo/Consejo de Europa) es prácticamente nula: captación / contratación; recepción / alojamiento; poder / autoridad; y concesión o recepción de pagos o beneficios / aceptación de pagos o ventajas, respectivamente, mientras que la directiva incorpora un nuevo matiz: el “intercambio o la transferencia de control sobre estas personas”, a cuenta de esa persona que posea el control sobre la víctima.

Como el código penal español, en ambos casos se citan por separado trabajos forzados y prostitución y otras formas de explotación sexual. Sin embargo, el elemento común es la explotación: que la acción descrita se realice “con fines de explotación”, acción que consuma la perpetración del delito⁴¹. Se entiende que hablamos de *explotación económica*, es decir, dirigida a obtener un beneficio. En todos los casos el carácter forzoso de este sometimiento a la explotación deriva de un consentimiento viciado, por haberse obtenido mediante amenaza, uso de la fuerza, coacción, raptos, fraude, engaño, chantaje, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o por minoría de edad.

Finalmente, en el ámbito de la Unión Europea, la Directiva 2011/36, de 5 de abril, *sobre la prevención contra la trata de seres humanos y la lucha contra este fenómeno, así como la protección de las víctimas*, define en su artículo 2.1 la trata como “la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, incluido el intercambio o la transferencia de control sobre estas personas, mediante la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el raptos, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona, con el fin de explotarla”. Y considera que “la explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena, u otras formas de explotación sexual”.

La OIT también se ha pronunciado sobre este concepto. En su *Estudio 2007* efectúa un análisis de las relaciones entre trata y trabajo forzoso, a tenor del cual *un componente esencial de la definición de la trata es su finalidad, es decir la explotación, que incluye específicamente el trabajo o los ser-*

⁴¹ Según la sentencia del Tribunal Supremo (Sala Penal) núm. 270/2016, de 5 de abril, siendo la trata un delito de actividad, la explotación sexual constituiría una fase de agotamiento del delito, sin que el delito medio absorba toda la gravedad de la conducta realizada.

vicios forzosos, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre y las distintas formas de explotación sexual. La noción de explotación del trabajo contenida en esta definición permite establecer la relación entre el Protocolo de Palermo y el Convenio núm. 29, y dejar claro que la trata de seres humanos con fines de explotación encaja en la definición del trabajo forzoso u obligatorio establecida en el párrafo 1 del artículo 2 del Convenio. Para concluir que “esta concordancia facilita la labor de aplicación de ambos instrumentos a escala nacional”.

El mismo estudio subraya que el trabajo forzoso puede perseguir un fin económico, pero también puede instrumentalizarse para obtener un fin coercitivo o un fin ideológico (cuando se impone como pena en delitos de naturaleza ideológica o política), siendo objetivo principal del convenio la lucha contra las modalidades de trabajo forzoso con fines económicos. Pero igualmente sostiene que “el tenor del artículo 3 del Protocolo da a entender que la trata de personas con el fin de someterlas a trabajo forzoso es apenas una forma de explotación relacionada con el trabajo, junto con la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, o la servidumbre”. Mientras que la convención suplementaria 105 de la OIT permite distinguir entre *explotación de la persona* y *explotación del trabajo de la persona* en su apartado d) (“...con el propósito de que se explote la persona o el trabajo del niño o del joven”), lo que parece sentar la distinción entre esclavitud y trabajo forzoso (“explotación laboral”), para considerar la última como una “práctica análoga a la esclavitud”.

Elemento común, por tanto, es que medie el fin de la explotación del trabajo ajeno, sexual o no, con fines económicos.

En el caso de la trata, deben darse dos elementos adicionales con respecto a inmigración ilegal: una forma de captación indebida, con violencia, intimidación, engaño, abuso de poder o pago de precio; y *un propósito de explotación, principalmente sexual*. Por lo que la trata se define por la *captación de la persona para someterla a trabajo forzado o a explotación sexual*, una unidad de acción que funde captación con sometimiento a condiciones de esclavitud. Lo que significa que el concepto y delito de tráfico de mano de obra se reserva para la mera introducción de trabajadores extranjeros dentro del país con vulneración de las normas sobre emigración (desde que el código penal español se reformara en el año 2010 para efectuar esta división), lo que queda lejos del fenómeno que se analiza y lo sitúa en la esfera de ilícitos contra el régimen administrativo de fronteras y flujos migratorios, cuando el trato al que se somete a la persona no incide sobre su dignidad y libertades⁴².

42 El Tribunal Supremo español entiende que “solo en los supuestos agravados de puesta en peligro de la vida o la integridad del inmigrante, se atiende además al bien jurídico pregonado en la rúbrica del título, como ‘Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros’” (sentencia núm. 188/2016, de 4 de marzo).

5. EXPLOTACIÓN

5.1. Explotación del trabajo y explotación de la persona

La convención suplementaria 105 de la OIT marca una diferencia entre *explotación de la persona* y *explotación del trabajo de la persona* en su apartado d) (“...con el propósito de que se explote la persona o el trabajo del niño o del joven”). Esto puede llevar a ver una distinción entre esclavitud y trabajo forzoso (con el que identificar la “explotación laboral”).

Por su parte, según destaca el Informe Global de la OIT 2009, el Protocolo de Palermo, en su artículo 3, da a entender que la trata de personas con el fin de someterlas a trabajo forzoso es una modalidad de explotación relacionada con el trabajo, junto con la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, o la servidumbre. Sin embargo, no se refieren como concepto autónomo a la explotación, sino como *finalidad* perseguida por la trata⁴³.

El Derecho español sí regula, no obstante, una figura que, aunque no se denomina explícitamente como tal, sí puede considerarse una figura que tipifica la explotación laboral. Se trata de un supuesto que puede englobarse dentro de un conjunto de fenómenos para-esclavistas que, tanto su tipificación legal como en su configuración conceptual, quedan fuera del concepto de esclavitud, excluyendo también de este concepto el *tráfico ilegal de mano de obra*, no destinada a explotación de orden esclavista, sino relacionada con la *cesión ilegal de trabajadores* fuera del marco de contratación legal⁴⁴, que, de ser extranjeros, inciden en el control de fronteras y flujos migratorios y, por tanto, en la entrada irregular en territorio nacional (concretamente la conducta tipificada es la de emplear a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual).

43 En tal sentido, López Rodríguez y Arrieta Idiákez contextualizan el concepto de “explotación laboral” en el contexto de la trata de seres humanos (López Rodríguez, Josune, y Arrieta Idiákez, Francisco Javier: “La trata de seres humanos con fines de explotación laboral en la legislación española”, *ICADE. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 107, 2019, DOI: <https://doi.org/10.14422/icade.i107.y2019.002>, pp. 2 y 3).

44 Como se afirma en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 966/2015, de 4 de diciembre, “en el fenómeno jurídico de la cesión de trabajadores aparece, indefectiblemente, una relación interempresarial por virtud de la que una empresa proporciona a otra mano de obra, obteniendo de este tráfico o intermediación un beneficio económico, que es la justificación o razón de ser de la entidad intermediadora. Pero si el trabajo no es una mercancía el legislador debe contemplar con precaución la intermediación por las reminiscencias históricas de la esclavitud y porque la persona es portadora de derechos y valores fundamentales que es preciso tutelar en todo caso”. En sentencias anteriores del mismo tribunal, entre ellas las núm. 570/2011, de 17 de junio, núm. 637/2011, de 1 de julio, y núm. 605/2014, de 4 julio, también se vincula trabajo-mercancía y esclavitud en los mismos términos de riesgo derivado de la intermediación empresarial.

5.2 Imposición de condiciones laborales abusivas y trabajo decente

¿Y dónde entra la explotación laboral? La respuesta es que en todas y en ninguna. En todas forma parte de los rasgos de la figura, pero solo en un caso es el elemento determinante. Y este caso es el que puede tener tintes puramente laborales o bien incluso penales, como ocurre en el Código penal español, que tipifica la explotación laboral en el artículo 311.1, al regular la aplicación de condiciones ilegales como delito (el precepto se refiere al sometimiento del trabajador a condiciones laborales perjudiciales, o que supriman o restrinjan sus derechos).

Como advierte la OIT en su informe global de 2009, se trata de un concepto que no cuenta con precedentes legislativos, ni internacionales ni nacionales. Su convención suplementaria 105 marca una diferencia entre *explotación de la persona* y *explotación del trabajo de la persona* en su apartado d), lo que permite atisbar una distinción entre esclavitud y trabajo forzoso (con el que identificar la “explotación laboral”).

Y también el Protocolo de Palermo en su artículo 3 sugiere que la trata de personas con el fin de someterlas a trabajo forzoso constituye una modalidad de explotación relacionada con el trabajo, junto con la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, o la servidumbre. Sin embargo, no se refieren como concepto autónomo a la explotación, más allá de aludir a la finalidad perseguida por la trata.

En esta escala de gravedades y responsabilidades, el concepto de esclavitud laboral se va diluyendo hasta llegar al escalón más bajo, el del *uso irregular de las facultades de dirección empresarial*, y en este proceso se encuentra con la actuación de los poderes públicos en distintos niveles coercitivos: penal para la explotación laboral ejercida mediante engaño o abuso de situación de necesidad, con o sin violencia o intimidación (en cuyo caso la pena sería la superior en grado); administrativa para la que no reúna estas características o gravedad, por lo que no sería necesario que concurrieran ni engaño, ni abuso de situación de necesidad, ni violencia o intimidación; y contractual-laboral para el “simple” ejercicio irregular de las facultades directivas del empresario, concurrente o no con la aplicación de condiciones discriminatorias (que puedan determinar distintos resultados, ya sea la nulidad de las decisiones empresariales que conlleven tal irregularidad, y la reposición del trabajador a sus condiciones anteriores o a las que deberían haberse aplicado, la indemnización del daño, o hasta el derecho de rescisión indemnizada del contrato para el trabajador). Pero en todos ellos el elemento común es que *no existe referencia alguna al sometimiento obligado a trabajo forzoso ni tampoco a esclavitud*.

La frontera entre condiciones laborales abusivas y (delito de) explotación laboral deviene entonces más difusa, a lo que contribuye la legislación más o menos liberal y la coyuntura económica. Por ello, el momento histórico que se vive actualmente en la economía capitalista y en particular en la Unión Europea, y más concretamente la crisis económica vivida en España en el último decenio, han tensado esa línea divisoria, llevando a toda clase de consideraciones, algunas hiperbólicas, sobre el *estado de explotación laboral en el que se encuentra buena parte del mercado laboral español*. Incluso las organizaciones sindicales recurren al término de “explotación laboral” para definir este nuevo *statu quo* de la clase trabajadora (el 15 de mayo de 2010 el sindicato español Unión

General de Trabajadores, UGT, afirmaba que “la explotación laboral se concibe como la nueva forma de esclavitud del siglo XXI”, en el marco de la campaña “Por un trabajo digno, contra la explotación laboral”, campaña que dio paso en el año 2017 a la campaña “No a las multiservicios”, dedicada a la lucha contra “la explotación laboral” en las empresas multiservicios, donde, afirman literalmente sus promotores, “la gran mayoría de los trabajadores de estas empresas tiene un salario de 10.000 euros anuales; tienen jornadas con un número elevado de horas de trabajo y con condiciones de esclavitud o semi esclavitud”).

Sin embargo, se trata de un uso impropio o reivindicativo del concepto “explotación laboral” como sinónimo de “precariedad laboral”. Tanto es así que las propias campañas sindicales utilizan indistintamente ambos términos, explotación y precariedad laboral, como es el caso de la campaña de 2017, de UGT, *Precario NO, gracias*, contra las prácticas laborales de las empresas multiservicios en España, caracterizadas por la aplicación de salarios bajos y jornadas largas. Las denuncias sindicales apuntan a empresas multiservicios que ofrecen salarios inferiores a los previstos en el convenio colectivo aplicable a la empresa cliente o principal, por la vía de celebrar convenios de empresa (la empresa auxiliar), en los que el salario pactado es el mínimo legalmente establecido (el salario mínimo interprofesional). Se puede apreciar que, en esta, como en otras similares, se tiende a banalizar el concepto de explotación laboral para incluir situaciones definibles como “precariedad” o “precarización laboral”, que, aunque lejanas del “trabajo decente”, no pueden identificarse con la explotación laboral si entendemos esta como imposición de condiciones de trabajo *ilegales*. Como indica el Informe Global de la OIT, *El costo de la coacción* (2009)⁴⁵, el trabajo forzoso constituye una grave violación de los derechos humanos y una restricción de la libertad de la persona, que no se puede confundir con la precariedad en el trabajo.

Lo cierto es que el recurso a la expresión “explotación laboral” se ha extendido, alejándose de las conductas tipificadas en el código penal o en los convenios internacionales, para englobar situaciones abusivas o imposición de condiciones laborales peyorativas o precarias para los trabajadores, aunque ello se haya producido en el contexto de una legislación que lo autoriza y, por tanto, deslegitimando su consideración de “imposición de condiciones laborales *perjudiciales*, o que supriman o restrinjan los derechos de los trabajadores” así establecidos legal o convencionalmente, puesto que el marco legal y derivadamente convencional también ha cambiado. Por acción de la legislación laboral, el ámbito de los derechos a condiciones laborales no perjudiciales... ha experimentado una expansión, así como una contracción el de las condiciones laborales perjudiciales, a las que se refiere el código penal. En suma, la legislación laboral neoliberal, nacida de las restricciones económicas impuestas por los mercados internacionales, y, en el contexto europeo, por las instituciones de la Unión Europea a cuenta de la recesión económica, ha alterado las fronteras entre ambos conceptos por expansión del concepto neoliberal de la “flexibilidad laboral”, pero también ha permitido una difusión creciente de la creencia social en la existencia extendida de una situación de *explotación laboral consentida*, lo cual no ha contribuido tampoco a la clarificación de conceptos.

45 OIT: Informe Global de la OIT, *El costo de la coacción*, 5 de diciembre de 2009, cit., p.7.

Sin embargo, en términos legales, la *explotación laboral* puede tener una dimensión penal, la que viene determinada en el caso español por el artículo 311.1 del código penal, y una dimensión social, donde cabría encajar el uso irregular de las facultades directivas en sus formas más graves, las que suponen imposición de condiciones de trabajo abusivas. Ninguna respuesta específica puede obtenerse por parte de la ley si no se trata de sancionar los casos dolosos más graves por aplicación del art. 311.1 del código penal, y los que no alcanzan tal gravedad por aplicación de la Ley de infracciones y sanciones en el orden social (LISOS). La explotación laboral pasa a ser un modo informal de referirse a la liberalización de las relaciones laborales y a la ampliación de las facultades empresariales. Pero sin olvidar que estamos ante formas legales de restringir los derechos laborales en todo caso, mientras que la ley está diseñada para considerar como *explotación* las formas ilegales. Podría recurrirse, para salvar este equívoco, a la doble terminología “explotación con fines laborales” (o económicos) y “explotación laboral”, para delimitar en este último caso la imposición de condiciones abusivas, aun cuando estas no sean estrictamente ilegales.

Sin perjuicio de ello, el incumplimiento de la legislación laboral, siendo sancionable administrativamente como infracción laboral, podría declararse, en un plano conceptual, supuesto de *explotación laboral como sinónimo de graves incumplimientos de la normativa laboral*.

Esto nos lleva a una encrucijada paradigmática: la explotación laboral puede ser un fenómeno tanto legal como ilegal, pero en todo caso abusiva, ya sea por las condiciones laborales impuestas, ya sea por la situación de vulnerabilidad social quien las padece (en el primer caso auspiciada por la grave recesión económica, generadora de regresión social en derechos laborales y del crecimiento del número de trabajadores pobres, concepto que se está imponiendo para definir a una amplia masa de ciudadanos sometidos a un alto nivel de precarización laboral).

Pero no sería explotación, en cualquier caso, la imposición de condiciones precarias establecidas o permitidas por la ley. Si bien no es menos cierto que, como denuncia el sindicato UGT, el elemento de vulnerabilidad propio de la explotación puede estar presente también en estos casos de para-explotación, cuando se trata de trabajadores extranjeros, por la interposición de factores de riesgo como son el temor a la expulsión del país, la necesidad del trabajo para la subsistencia, la ausencia de redes familiares y sociales, el desconocimiento de sus derechos, y su situación administrativa irregular o ausencia de representación sindical. Elementos todos ellos que contribuyen a que el trabajador extranjero se preste con menor resistencia a la degradación de sus condiciones laborales.

6. SITUACIONES LABORALES FRONTERIZAS

Algunos supuestos se encuentran en una zona difusa entre los conceptos analizados. Así, las condiciones laborales abusivas, los tratos degradantes en el trabajo, o la imposición de trabajos y servicios en determinados contextos obligatorios. En este último caso, la Comisión de Expertos de la OIT ha

manifestado que no siempre resulta fácil establecer la distinción entre formación y empleo, ya que un programa de formación profesional puede entrañar la imposición de trabajos o servicios en el sentido de la definición de «trabajo forzoso u obligatorio» (estudios generales de 1968, de 1979, o de 2007), lo que exige analizar todos los elementos del supuesto en cuestión para valorar la posible concurrencia de ese carácter forzoso⁴⁶.

6.1 Condiciones laborales abusivas frente a condiciones laborales ilegales

No toda imposición de condiciones laborales abusivas puede equipararse a un régimen de trabajo coactivo o de explotación, conforme ya se ha analizado, al amparo de textos normativos internacionales o nacionales. Como se exponía anteriormente, quizás podría salvarse esta confusión terminológica o conceptual recurriendo al uso de los términos “explotación con fines laborales” (o económicos) y “explotación laboral”, reservado este último para describir la imposición de condiciones abusivas, aun cuando estas no sean estrictamente ilegales, y el primero de ellos para definir la explotación laboral ejercida mediante engaño o abuso de situación de necesidad, con o sin violencia o intimidación.

En este marco conceptual, la imposición de condiciones abusivas puede traspasar la frontera trazada con la explotación cuando tales condiciones son claramente ilegales, es decir, vulneren la legalidad vigente, conformada por la conjunción de la norma y el convenio colectivo, y complementado por el contrato de trabajo como fuente reguladora de la relación laboral⁴⁷. Pero quedan en una frontera difusa, *en tierra de nadie*, los supuestos “desregulados” o sin regulación, aquellos ámbitos donde el empleo no está estructurado, y el subempleo no se ajusta a ninguna norma en particular, rigiéndose únicamente por los elementos mínimos conformados por el referente salarial mínimo legal (el salario mínimo interprofesional) y el cumplimiento de unos parámetros legales mínimos. Es obvio que el incumplimiento de los parámetros legales determinados por la legislación laboral (en España la Ley del Estatuto de los Trabajadores) convierte el supuesto en un caso de imposición de condiciones de trabajo ilegales, pero también es cierto que *a efectos penales*, no todo incumplimiento constituye delito, sino los más graves; *a efectos administrativos*, puede considerarse infracción el incumplimiento, grave o no, de alguno de esos parámetros; y, *a efectos laborales*, cualquier incumplimiento de la legislación laboral determina una respuesta legal de censura, condena y tutela; pero en todos los casos resultará determinante el grado de incumplimiento y el alcance de este, ya que, si solo afecta a alguna o algunas condiciones de trabajo, se podrá calificar de abuso empresarial, pero únicamente los casos más graves podrán constituir explotación laboral.

⁴⁶ Para la doctrina internacional, la clave se encuentra en el “continuum” de la explotación. Vid. al respecto Valverde Cano (op.cit., p. 271), con cita de Skrivankova (Skrivankova, Klara: *Between decent work and forced labour: examining the continuum of exploitation*, 2010, pp. 17 y ss.), quien afirma que el elemento que permite distinguir al trabajo forzoso de otras figuras limítrofes es el control continuado sobre la persona sometida al trabajo hipotéticamente forzoso. La autora utiliza una herramienta de medición que permite detectar y calificar cada situación bajo su concepto exacto, ya que, afirma, “la diferencia entre ellas es una cuestión de control y sometimiento, hasta llegar al extremo de la completa instrumentalización de la persona”, para separar el grado de gravedad del elemento de control en la calificación de las distintas figuras analizadas.

⁴⁷ A este contrato se refiere Salas Porras como “contrato de esclavo” (Salas Porras, María: “cit., p. 39).

Sea como sea, no es el derecho del trabajo el que da respuesta a estos casos, sino únicamente a los que constituyen explotación, por más que retóricamente se empleen los términos de condiciones similares a la esclavitud o de semi esclavitud en ciertas resoluciones judiciales del ámbito social.

6.2 Integridad moral y trato degradante

En las fronteras entre el trato degradante y humillante grave y la esclavitud o sometimiento a condición servil se encuentran los casos más graves de violación del derecho a la integridad moral. No parece que esta situación *a priori* deba calificarse de esclavitud, y, de hecho, contamos con figuras jurídicas para calificarlo, penalizarlo y protegerlo: el acoso y la protección de la integridad moral (así como los delitos contra la integridad moral). Sin embargo, en algunas ocasiones se desliza en los tribunales españoles una alusión a la condición de servidumbre y esclavitud, tanto para trazar la separación entre estas y la vulneración del derecho a la integridad moral, como para recordar el avance que la civilización llamada occidental ha supuesto en la superación de aquellos estadios degradantes para los trabajadores.

En esta línea, las sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco núm. 1737/2002, de 9 de julio, o la núm. 1419/2004, de 6 de julio, afirman literalmente que “cualquier iter sociológico nos lleva a la superación de las relaciones primitivas, de esclavitud y feudales, para introducirnos en la actual de la civilización industrial. Esta época en que nos encontramos implica una vinculación de la persona a los medios, del sujeto y los instrumentos, desde las llamadas relaciones de dominación, para los críticos, del capital, y para los funcionalistas de la actividad. Sea cual sea, lo cierto es que en la concepción occidental el trabajador ante todo es persona, y cualquier relación que se establezca con él parte de este *prius* indisponible, de tal manera que cualquier hegemonía, predominio o prevalencia se contempla dentro de los simples y secundarios parámetros de organización en el trabajo, teniendo en cuenta que este no es un fin en sí mismo, y por ello, menos todavía, el sujeto que lo realiza”. Citando la sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de octubre de 2003, la anterior resolución afirma que este tribunal “se ha decantado por un respeto a un mínimo invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que las limitaciones que se impongan en el disfrute de los derechos individuales no conlleven un desprecio para la estima que cualquier ser humano merece como persona. Este respeto a la persona y a su vida privada implica el que no se pueda reducir al sujeto trabajador a un mero factor de producción, y negar su libertad, así como el despliegue de la personalidad en todo momento”. Es preciso recordar que estas conductas pueden ser sancionables incluso penalmente, pero que no pueden confundirse en modo alguno con una situación de esclavitud ni de trabajo forzoso, ni siquiera con el sometimiento a condiciones de trabajo que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos legales, convencionales o contractuales (en el sentido del artículo 311.2 del Código penal).

Siendo escasos los supuestos en los que los tribunales españoles del orden social de la jurisdicción se pronuncian al respecto de hipotéticos casos de esclavitud, resulta destacable la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias núm. 3194/2003, de 17 de octubre, pues equipara la falta de libertad que caracteriza al trabajo forzoso con la esclavitud, afirmando que el trabajador (perito tasador) «si no pudiese negarse a realizar el trabajo o encargo, en este caso una peritación, sería una

relación forzosa y, por tanto, de esclavitud». También por la peculiaridad del caso puede citarse la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (sala social de Valladolid) de 12 de mayo de 2016, núm. 886/2016, en la que se declara improcedente el despido de la trabajadora que atribuye al empresario la condición de “negrero” y de “explotador”. Como tercer y último ejemplo de este (seguramente afortunada) desierto jurisprudencial y judicial, se alude a la esclavitud en la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Albacete, de 2 de octubre de 2001, dictada en el procedimiento núm. 729/2000, sobre un ama de cría en la cuna de un hospital, en la que la juzgadora entiende que “una vez abolida la esclavitud con prohibición de todo tipo de prestaciones corporales a cambio de precio, es claro que la función de amamantar a los bebés que no son propios solo puede serlo por benevolencia, como así sucedió”.

Pero lo cierto es que la mayor parte de la jurisprudencia se ocupa de la explotación sexual relacionada con la trata de mujeres. Muy pocos son los casos en los que se abordan situaciones de explotación económica de la fuerza de trabajo de la víctima que no tengan que ver con el suculento negocio del sexo, aunque en la mayor parte de los supuestos la captación se produce bajo promesa de empleo, sueldo al que se vincula una suerte de esclavitud (sexual) por deudas para reintegrar el coste del viaje migratorio (vid. sentencia de la sala penal del Tribunal Supremo núm. 538/2016, de 17 de junio, sobre ciudadanas extranjeras atraídas bajo promesa de empleo como peluqueras), lo que puede provocar un concurso ideal de delitos (sentencia del Tribunal Supremo, sala penal, núm. 214/2017, de 29 de marzo).

La doctrina judicial social también ha recurrido, tanto la jurisprudencia como la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia, a la pirueta imposible de excluir el estudio de la prostitución y resolver únicamente sobre la relación de alterne, para considerarla laboral por lícita (sentencias del Tribunal Supremo, sala social, de 3 de marzo de 1981, de 25 de febrero de 1984, de 14 de mayo de 1985, de 21 de octubre de 1987, o de 4 de febrero de 1988, y las posteriores que han seguido la misma doctrina).

A título de ejemplo, en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia núm. 4816/2009, de 4 de noviembre, se afirma literalmente que “la actividad de alterne no suele ser, en la práctica, actividad pura de alterne, sino actividad de alterne asociada a la actividad de explotación de la prostitución ajena”, y, como tal es “una forma de violencia de género, de esclavitud de las mujeres y de actividad contraria a la moral”, “de donde nunca serviría de base para una relación laboral lícita, aun estando asociada al alterne” (sentencia del mismo tribunal de 10 de noviembre de 2004, dictada en el recurso de suplicación núm. 3598/2004). Como cabe apreciar, la alusión a la prostitución como forma de esclavitud se efectúa prescindiendo de su carácter forzado o no, si bien no es este un pronunciamiento habitual en la doctrina de los tribunales españoles, que omiten resolver al respecto, al amparo de la ilicitud del objeto de esta hipotética relación laboral. El mismo tribunal citado reitera en sendas sentencias posteriores, de 12 de marzo de 2008 (recurso núm. 6467/2007), núm. 1966/2013, de 10 de abril, o de 6 de octubre de 2017 (dictada en el recurso núm. 3207/2017), la imposibilidad de asimilar contrato de trabajo y “tráfico sexual” (“resulta jurídicamente inadmisibles que el tráfico sexual retribuido en que

la prostitución consista pueda reputarse subsumible, vía contrato de trabajo, en el ejercicio regular del poder dirección empresarial en los términos en que se regulan en el art. 20 del ET”⁴⁸.

Por su parte, la sala social del Tribunal Supremo, admitida en las sentencias de los años ochenta citadas la laboralidad del *alterne*, excluye de su conocimiento la cuestión, apelando a un motivo formal, cual es la necesaria contradicción entre sentencias cuya casación para la unificación de doctrina se pretende, evitando, por tanto, pronunciarse al respecto (en este sentido, las sentencias núm. 61/2013, de 29 de octubre de 2013 y núm. 1099/2016, de 21 de diciembre, o los autos de 18 de junio y 11 de septiembre de 2014, de 15 de diciembre de 2015 o de 11 de mayo de 2016). No contamos, por tanto, con una elaboración jurisprudencial del concepto ni de las fronteras con la esclavitud y la trata, pues en muy pocos casos se valora la posible existencia de una situación de trata, pero de la incursión en el tema de toda la doctrina judicial sí cabe extraer un elemento común: en ningún caso existe pronunciamiento sobre el iter que ha llevado al ejercicio de la actividad en sí, que solo cuestiona alguna resolución judicial inferior (cfr. sentencia del juzgado de lo social número 10 de Barcelona, de 18 de febrero de 2015, dictada en el procedimiento núm. 835/2013, donde se sienta como premisa la necesidad de distinguir entre la prostitución forzada y la voluntaria, única esta última sobre la que se reconoce la competencia de la jurisdicción social, pues la primera nunca podría ser objeto de pronunciamiento en dicho orden jurisdiccional en orden a debatir su pretendido carácter laboral).

6.3. Limitación del derecho de libertad

Finalmente, en un escalón inferior del concepto de “trabajo forzoso” se encuentra un *tertium genus*, en el que el carácter forzoso de la prestación se desvincula por completo y claramente de la dignidad de la persona y se vincula exclusivamente al *derecho a la libertad en la toma de decisiones*.

El derecho comprometido en este caso es exclusivamente la libertad de decisión, sin que concurra sometimiento a condiciones laborales irregulares ni abusivas⁴⁹. Se trataría de la obligación de realizar ciertas prestaciones, distintas de las de naturaleza pública o cívica impuestas por la legislación nacional en cada caso.

A título de ejemplo, la sentencia del TEDH de 18 de octubre de 2011, en el *caso Graziani-Weiss contra Austria*, analiza la alegada violación de la prohibición de trabajo forzoso por parte de letrado “obligado” a ejercer la función de tutor legal de persona con enfermedad mental por nombramiento de oficio. La citada resolución concluye que tal función se integra en los deberes inherentes a un abogado en ejercicio, sin que la medida pueda considerarse desproporcionada. Por tanto, excluye la aplicabilidad del concepto de trabajo forzoso.

⁴⁸ En la sentencia núm. 304/2015, de 16 de enero, así como en la núm. 2681/2016, de 6 de mayo, la actividad de alterne es preparatoria de la de prostitución, por lo que deduce el tribunal que no se podría hacer una tal separación de manera que la ilicitud de una parte del contrato lleva a la del todo.

⁴⁹ Para Urrutikoetxea, el “trabajo coactivo con limitaciones de la libertad del trabajador” se articula sobre cuatro ejes “1. asegurar el suministro de mano de obra 2. reducción de costes (e intensificación de la explotación) 3. una matriz disciplinaria 4. la articulación de un doble mercado (exógeno/endógeno)”, que actúan de forma combinada (Urrutikoetxea Barrutia, Mikel, *cit.*, p. 396).

7. CONCLUSIONES

En el marco del trabajo y del trabajo lucrativo, las fronteras entre la esclavitud con fines de explotación económica (incluida la de carácter sexual) y el trabajo forzoso vienen delimitadas por la propia acción normativa de la Organización Internacional del Trabajo. Si bien algunos casos presentan rasgos indisolubles comunes a ambas figuras, la detallada descripción del fenómeno del trabajo forzoso por parte de la OIT permite afirmar que las distintas formas de esclavitud laboral conllevan trabajo forzoso, pero no así al revés, pues el trabajo forzoso no constituye, en la descripción matizada especialmente por los informes de la citada organización de Naciones Unidas, una forma específica de esclavitud *per se*, en tanto el concepto incluye formas más debilitadas de coacción o intimidación con fines de lucro económico, en la que la persona no es usada según los atributos de la propiedad características de toda forma de esclavitud, específicamente contemporánea, donde los tribunales internacionales de derechos humanos han descartado la propiedad o posesión de la persona en favor del uso de los atributos propios de aquella.

En sus formas más “refinadas”, a tenor del análisis e interpretación auténtica de la propia OIT a través de sus informes, el trabajo forzoso puede identificarse con situaciones caracterizadas por un débil vínculo de intimidación, siendo paradigmático el caso de la realización (forzosa) de horas extraordinarias o prolongación de la jornada de trabajo, bajo las circunstancias específicas descritas en páginas anteriores. Sin duda existe un abismo conceptual y fáctico entre este supuesto y la explotación extrema basada en la coacción física o la intimidación en condiciones incluso infrahumanas, propias de los casos más extremos descritos con anterioridad.

Por otra parte, la explotación sexual, siendo una forma de esclavitud con fines de obtener lucro económico, presenta rasgos específicos y propios, que se conjugan con una necesaria perspectiva de género que el análisis del problema requiere, y en los que se combinan dos escenarios distintos: uno el de la trata con tales fines, la figura paradigmática por ser central en este tema, y el otro el de la explotación sexual forzada sin trata, supuesto prácticamente testimonial, en tanto la realidad demuestra que los grises en la escala de gravedad de estas formas de explotación de la persona no existen, pasando de la trata al ejercicio voluntario de la prostitución, otro supuesto escasamente relevante tanto estadística como analíticamente. En cualquier caso, desde la perspectiva laboral, la cuestión central es que esta forma de explotación directa de la persona y no de su fuerza de trabajo es una forma de esclavitud con fines lucrativos.

Finalmente, el análisis de la jurisprudencia europea y latinoamericana sobre el particular arroja una inquietante doble perspectiva en el análisis de los casos que envuelven a mujeres, a menudo calificados como servidumbre, frente a los que se conceptúan como formas más graves de trabajo coactivo.

8. BIBLIOGRAFÍA

- Anguita Olmedo, Concepción: "El tráfico ilegal de seres humanos para la explotación sexual y laboral: la esclavitud del siglo XXI", *Nómadas: Critical Journal of Social and Juridical Sciences*, núm. 15, 2007.
- Ayala Sánchez, Alberto, y Bernal Santamaría, Francisca: "Prácticas no laborales: La nueva esclavitud del siglo XXI en las relaciones laborales", AA.VV. (Monereo Pérez, José Luis, dir.): *Retos del Derecho del Trabajo frente el desempleo juvenil. Comunicaciones: XXXII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2014, pp. 491-507.
- Ballesteros Doncel, Esmeralda: "China Blue, Formas contemporáneas de esclavitud laboral", *Cuadernos de relaciones laborales*, Vol. 33, núm. 2, 2015 (Las pensiones de jubilación: una perspectiva alternativa), pp. 462-466.
- Bonet Pérez, Jordi: "La interpretación de los conceptos de esclavitud y de otras prácticas análogas a la luz de ordenamiento jurídico internacional: Aproximación teórica y jurisdiccional", En AA.VV. (Esteban Juan Pérez Alonso, Pedro Mercado Pacheco, Sofía Olarte Encabo, Ángeles Lara Aguado, María Inmaculada Ramos Tapia, Esther Pomares Cintas, Patricia Esquinas Valverde, coords.): *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 183-210.
- Boronat Tormo, Mercedes y Grima Lizandra, Vicente: "La esclavitud y la servidumbre en el derecho español. A propósito de la STE-DH de 26 de julio de 2005 ("Siliadin vs. Francia"): un caso de trabajo doméstico servil", en Carbonell Mateu, J. C.; González Cussac, J. L.; Orts Berenguer, E. y Cuerda Arnau, M^a. L. (Coord.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, vol. 1, 2009, pp. 257-286.
- Cavas Martínez, Faustino: "Trabajo libre, trabajo digno: revisando viejas ideas a propósito de un reciente informe de la OIT sobre el trabajo forzoso en el mundo", en *Aranzadi social*, núm. 5, 2001, pp. 83-96.
- De la Cuesta Aguado, Paz: "Mujeres inmigrantes y siniestralidad laboral: acoso, explotación y esclavitud. Revista de derecho social, ISSN 1138-8692, núm. 41, 2008, pp. 75-93.
- García Schwarz, Rodrigo: *Rompiendo las cadenas de una ciudadanía cautiva. De los derechos sociales a los derechos humanos fundamentales. La lucha contra el trabajo esclavo contemporáneo*. Tesis doctoral dirigida por Laura Mora Cabello de Alba (dir. tes.). Universidad de Castilla-La Mancha (2010).
- Gil Montero, Raquel: "Presentación: servidumbre, esclavitud y libertad", *Población & sociedad*, Vol. 27, núm. 2, 2020, pp. 1-7.
- Guisasola Lerma, Cristina: "Formas contemporáneas de esclavitud y trata de seres humanos: una perspectiva de género", *Estudios penales y criminológicos*, ISSN 1137-7550, núm. 39, 2019, pp. 175-215, en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6976384&orden=0&info=link>.
- Lerussi, Romina: "Servidumbres domésticas en contextos latinoamericanos: Aproximaciones socio-jurídicas". En AA.VV. (Esteban Juan Pérez Alonso, Pedro Mercado Pacheco, Sofía Olarte Encabo, Ángeles Lara Aguado, María Inmaculada Ramos Tapia, Esther Pomares Cintas, Patricia Esquinas Valverde, coords.): *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 757-774.

APROXIMACIÓN LABORAL A LOS CONCEPTOS DE ESCLAVITUD, TRABAJO FORZOSO Y EXPLOTACIÓN LABORAL

- López Rodríguez, Josune, y Arrieta Idiákez, Francisco Javier: "La trata de seres humanos con fines de explotación laboral en la legislación española", ICADE. *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 107, 2019, DOI: <https://doi.org/10.14422/icade.i107.y2019.002>.
- Lousada Arochena, J. Fernando: "Normativa internacional contra la explotación humana y laboral en el trabajo doméstico: La ONU y la OIT", *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, núm. 39, 2018 (Centenario de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)/Lanaren Nazioarteko Erakundearen (LANE) Mendeurrena), pp. 152-187, en <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/6550623.pdf>.
- Lousada Arochena, J. Fernando. "El tratamiento legal de la prostitución: ¿Forma de esclavitud o trabajo sexual?", En AA.VV. (Esteban Juan Pérez Alonso, Pedro Mercado Pacheco, Sofía Olarte Encabo, Ángeles Lara Aguado, María Inmaculada Ramos Tapia, Esther Pomares Cintas, Patricia Esquinas Valverde, coords.): *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 632-654.
- Martín Morales, Ricardo: "Las nuevas formas de esclavitud en los textos constitucionales y declaraciones de derechos", En AA.VV. (Esteban Juan Pérez Alonso, Pedro Mercado Pacheco, Sofía Olarte Encabo, Ángeles Lara Aguado, María Inmaculada Ramos Tapia, Esther Pomares Cintas, Patricia Esquinas Valverde, coords.): *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 281-305.
- Miñarro Yanini, Margarita: «Formas esclavas de trabajo y servicio del hogar familiar: delimitación conceptual, problemática específica y propuestas (1)», *Relaciones Laborales*, n.º 10, Sección Doctrina, octubre 2014, Año 30, pp. 71 y ss.
- OIT: Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Informe III (Parte IV), Conferencia Internacional del Trabajo, 46.ª reunión, Ginebra, 1962, Tercera parte: El trabajo forzoso.
- OIT: Informe Global de la OIT, *El costo de la coacción*, 5 de diciembre de 2009, en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_106269.pdf.
- OIT: Informe III (Parte 1B). *Estudio general relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso*, 1930 (núm. 29), y al Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105). Conferencia Internacional del Trabajo 96.ª reunión, 2007. Publicado en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_089201.pdf.
- OIT: La libertad sindical, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, quinta edición (revisada), 2006.
- Olarte Encabo, Sofía: "La doctrina del Tribunal Europeo de derechos humanos sobre esclavitud, servidumbre y trabajo forzado: Análisis crítico desde la perspectiva laboral", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 145, 2018 (La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia laboral. In memoriam José Vida Soria), pp. 55-86.
- Pacecca, María Inés: "Trabajo, explotación laboral, trata de personas. Categorías en cuestión en las trayectorias migratorias". *Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana: REMHU*, Vol. 19, núm. 37, 2011 (REMHU: "Tráfico de pessoas"), en <http://remhu.csem.org.br/index.php/remhu/article/view/281>.
- Pomares Cintas, Esther: "El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral". *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 13, 2011, en <http://criminnet.ugr.es/recpc/13/recpc13-15.pdf>.

APROXIMACIÓN LABORAL A LOS CONCEPTOS DE ESCLAVITUD, TRABAJO FORZOSO Y EXPLOTACIÓN LABORAL

- Pomares Cintas, Esther: "Directrices para el análisis y persecución penal de la explotación económica en condiciones de esclavitud o similares". En AA.VV. (Esteban Juan Pérez Alonso, Pedro Mercado Pacheco, Sofía Olarte Encabo, Ángeles Lara Aguado, María Inmaculada Ramos Tapia, Esther Pomares Cintas, Patricia Esquinas Valverde, coords.): *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 775-794.
- Rivas Vallejo, Pilar: "Las fronteras entre los conceptos de esclavitud, trabajo forzado y explotación: perspectiva laboral y de género", en AA.VV. (Pedro Mercado Pacheco, María Inmaculada Ramos Tapia; Esteban Juan Pérez Alonso, Sofía Olarte Encabo, dirs.): *Formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos en clave de globalización, género y trata de personas*, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 39-90.
- Rivas Vallejo, Pilar: "Aspectos laborales de la prostitución voluntaria: Perspectiva comunitaria y modelos comparados". En AA.VV. (Esteban Juan Pérez Alonso, Pedro Mercado Pacheco, Sofía Olarte Encabo, Ángeles Lara Aguado, María Inmaculada Ramos Tapia, Esther Pomares Cintas, Patricia Esquinas Valverde, coords.): *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 569-597.
- Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel: "La libertad de trabajo y la interdicción del trabajo forzado", *Relaciones Laborales*, núm. 1, quincena del 1 al 15 de enero 2011, año 27, tomo 1, 3-16.
- Rojo Torrecilla, Eduardo: "Nueva esclavitud y trabajo forzado: un intento de delimitación conceptual desde la perspectiva laboral", en AA.VV. (Esteban Juan Pérez Alonso, Pedro Mercado Pacheco, Sofía Olarte Encabo, Ángeles Lara Aguado, María Inmaculada Ramos Tapia, Esther Pomares Cintas, Patricia Esquinas Valverde, coords.): *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 721-755.
- Salas Porras, María: "Trabajador esclavo y contrato de esclavo: configuración jurídica", *Revista Crítica de Historia de las Relaciones Laborales y de la Política Social*. 2014, reimpresión en número 38, 2016, en <http://www.eumed.net/rev/historia/08/contrato-esclavo.html>.
- Salcedo Beltrán, María del Carmen: "El trabajo doméstico en España: planteamientos y desafíos insoslayables frente a la "esclavitud moderna"". *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 55, 2020.
- Shaninian, Gulnara: "Aproximación a la realidad de las formas contemporáneas de esclavitud". En AA.VV. (Esteban Juan Pérez Alonso, Pedro Mercado Pacheco, Sofía Olarte Encabo, Ángeles Lara Aguado, María Inmaculada Ramos Tapia, Esther Pomares Cintas, Patricia Esquinas Valverde, coords.): *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 31-51.
- Shahinian, Gulnara: "La servidumbre doméstica: un problema mundial de derechos humanos" – Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de esclavitud, documento A/HRC/15/20, en www.acnur.org.
- Skrivankova, Klara: *Between decent work and forced labour: examining the continuum of exploitation*, 2010, pp. 17 y ss.
- Terradillos Basoco, Juan María: "Explotación laboral, trabajo forzado, esclavitud. ¿Retos político-criminales para el siglo XXI?", en AA.VV. (Eduardo Demetrio Crespo, dir., y Manuel Maroto Calatayud y María Pilar Marco Francia, coords.): *Derecho penal económico y derechos humanos*, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 215-243.
- Urrutikoetxea Barrutia, Mikel: "No se ve, no se toca y sin embargo, existe: La esclavitud hoy. Hacia una reconceptualización del trabajo esclavo", *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, núm. 35, 2017, pp. 389-416.

Valverde Cano, Ana Belén: "It's all about control: el concepto de trabajos forzosos", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 22, 2019, pp. 239-299.

Villacampa Estiarte, Carolina: "La moderna esclavitud y su relevancia jurídico-penal", *Revista de derecho penal y criminología*, 3.ª Época, n.º 10 (julio de 2013), pp. 293-342, <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2013-10-4035/Documento.pdf>.

DERECHOS LABORALES EN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS*

THE LABOR RIGHTS WITHIN THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS

César Augusto Carballo Mena

Jefe del Departamento de Derecho Social

Universidad Católica Andrés Bello, Caracas (Venezuela)

carballomena@gmail.com

Recepción de trabajo: 04-02-2021 - Aceptación: 24-03-2021

- 1. DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: TRES TIEMPOS. ■ 2. LIBERTAD SINDICAL. 2.1. Libertad de asociación con fines laborales. 2.2. Titularidad y componentes. 2.3. Negociación colectiva, huelga y diálogo social. 2.4. Tutela. ■ 3. DERECHO AL TRABAJO Y ESTABILIDAD LABORAL. 3.1. Tutela indirecta. 3.2. Tutela directa. 3.3. Sector público. 3.4. Contratación temporal. ■ 4. PROHIBICIÓN DEL TRABAJO FORZOSO. ■ 5. IGUALDAD E INTERDICCIÓN DE DISCRIMINACIONES. ■ 6. CONDICIONES DE SALUD EN EL TRABAJO. ■ 7. EPÍLOGO. ■ 8. BIBLIOGRAFÍA.

* En el presente ensayo, para evitar la sobrecarga gráfica, opté por utilizar el clásico masculino genérico, en el entendido que todas las referencias, salvo que de su contexto se desprenda la intención contraria, refieren por igual a cualquier género, sin distinción alguna. Asimismo, advierto que las cursivas y corchetes en citas textuales son míos.

RESUMEN

El presente ensayo ofrece un panorama general de la evolución y actual estadio de los derechos laborales —libertad sindical, derecho al trabajo, prohibición de trabajo forzoso, igualdad e interdicción de discriminaciones en las relaciones laborales, y condiciones de salud en el trabajo— en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

PALABRAS CLAVE: Corte Interamericana de Derechos Humanos, libertad sindical, derecho al trabajo; trabajo forzoso, igualdad, discriminación, condiciones de salud en el trabajo.

ABSTRACT

This essay offers an overview of the evolution and current stage of labor rights —trade union freedom, right to work, prohibition of forced labor, equality and prohibition of discrimination in labor relations, and health conditions at work— in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights.

KEYWORDS: Inter-American Court of Human Rights, trade union freedom, right to work, forced labor, equality, discrimination, health conditions at work.

1. DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: TRES TIEMPOS

Los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), en el ámbito de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), han recorrido tres estadios: *inexploración* (1979-2001), *reconocimiento indirecto* (2001-2017), y *reconocimiento directo* (2017 en adelante).

La prolongada inexploración de los DESC por parte de la CIDH, su reconocimiento indirecto como mecanismo alternativo de tutela, y el transcurso de más de tres lustros para trascender esta perspectiva y proclamar, a partir de la sentencia del caso *Lagos del Campo vs. Perú* de 31 de agosto de 2017, su reconocimiento directo, se explican, en gran medida, por la consagración —opaca y apocada¹— de estos derechos en el ámbito de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); contrastante con la —diáfana y exuberante— reglamentación de los derechos civiles y políticos:

- i. Derechos civiles y políticos: derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 3), derecho a la vida (art. 4), derecho a la integridad personal (art. 5), prohibición de esclavitud y servidumbre (art. 6), derecho a la libertad personal (art. 7), garantías judiciales (art. 8), principio de legalidad y de retroactividad (art. 9), derecho a indemnización en caso de condena por error judicial (art. 10), protección de la honra y la dignidad (art. 11), libertad de conciencia y de religión (art. 12), libertad de pensamiento y de expresión (art. 13), derecho de rectificación o respuesta (art. 14), derecho de reunión (art. 15), libertad de asociación, incluso “con fines laborales” (art. 16), protección a la familia² (art. 17), derecho al nombre (art. 18), derechos del niño (art. 19), derecho a la nacionalidad (art. 20), derecho a la propiedad privada (art. 21), derecho de circulación y de residencia (art. 22), derechos políticos (art.23), igualdad ante la ley (art.24), y protección judicial (art.25); y
- ii. DESC: apenas objeto de genérica y sinuosa regulación ex art. 26 CADH³, conforme al cual los “Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como median-

1 A diferencia —en la esfera del sistema interamericano de protección de los derechos humanos— de la Carta de la Organización de Estados Americanos (arts. 30-52) y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (arts. XII-XVI), ambas adoptadas el 30 de abril de 1948.

2 Los derechos concernientes a la protección de la familia (art. 17 CADH) y del niño (art. 19 *eiusdem*) revisten eminente carácter social; mientras que el derecho a la propiedad privada (art. 21 *eiusdem*), “independientemente de que se le pueda o no caracterizar como un derecho inherente al ser humano, más bien parecería corresponder a la categoría de los derechos económicos”. Faúndez Ledesma, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, 3ª edición, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2004, p. 72.

3 Así, por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos consideró que el “derecho al trabajo no está todavía incorporado a la Convención [Americana sobre Derechos Humanos] que no incluye los derechos económicos, sociales y culturales”. Informe N° 25/88 sobre los casos 9777 y 9718, Argentina, 30 de marzo de 1988, párrafo 6 de las conclusiones. Recuperado de: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/87.88sp/Argentina9777b.htm>. Análogamente, en la sentencia del caso *Lagos del Campo vs. Perú* de 31 de agosto de 2017, el juez Eduardo Vio Grossi, mediante voto parcialmente disidente, afirmó que “no le compete a la Corte modificar la Convención sino únicamente señalar lo que ella efectivamente dispone y no lo que desearía que establezca” (Introducción, sección a).

te la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

La etapa de *reconocimiento indirecto o por conexión* de los DESC con derechos civiles y políticos, se inauguró con la sentencia del caso *Baena y otros vs. Panamá* de 2 de febrero de 2001:

- i. La CIDH analizó el despido sancionatorio de 270 trabajadores, incluyendo directivos sindicales, por haber supuestamente participado en “paros y ceses colectivos de labores abruptos” con objetivos insurreccionales (párr. 88.q). Dichos despidos fueron ejecutados en aplicación —retroactiva— de la Ley 25 (Gaceta Oficial de Panamá No. 21.687, 17 de diciembre de 1990⁴), prescindiendo de los procedimientos previstos en garantía de la estabilidad laboral y el fuero sindical;
- ii. Se verificó la vulneración del “derecho a asociarse libremente con fines [...] laborales” —ex art. 16.1 CADH— a partir de ciertos datos esenciales, previamente advertidos por los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)⁵: “a) que la Ley 25 se expidió 15 días después de los hechos que dieron origen al presente caso; b) que no se observó la normativa referente al fuero sindical en relación con el despido de trabajadores; c) que fueron obstruidas las instalaciones e intervenidas las cuentas bancarias de los sindicatos; y d) que numerosos trabajadores despedidos eran dirigentes de organizaciones sindicales” (párr. 171);
- iii. El derecho de asociación con fines laborales fue interpretado, a la luz del principio de libertad sindical, como aquella “facultad de constituir organizaciones sindicales y poner en marcha su estructura interna, actividades y programa de acción, sin intervención de las autoridades públicas que limite o entorpezca el ejercicio del respectivo derecho” (párr. 156);
- iv. La aludida interpretación del derecho de asociación con fines laborales abarcó los componentes *organizativo, funcional e inmunitario* de la libertad sindical, permitiendo así a la CIDH obviar⁶ la invocación del art. 26 CADH y —por remisión de este— el art. 45.c de la Carta de la Organización de Estados Americanos (COEA)⁷; y

4 “En el artículo 6 de dicha ley se señaló que ésta era de orden público y tendría efecto retroactivo a partir del 4 de diciembre de 1990. Según su artículo 7 regiría desde su promulgación y tendría vigencia hasta el 31 de diciembre de 1991” (párr. 88.n).

5 Caso 1569: Comité de Libertad Sindical (párrs. 162, 164 y 165) y Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (párr. 163).

6 Configurando así un reconocimiento indirecto de la libertad sindical, es decir, como sinónima del derecho de asociación con fines laborales.

7 Art. 45.c COEA.- “[E]mpleadores y los trabajadores [...] tienen el derecho de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses, incluyendo el derecho de negociación colectiva y el de huelga por parte de los trabajadores, el reconocimiento de la personería jurídica de las asociaciones y la protección de su libertad e independencia...”.

DERECHOS LABORALES EN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

v. Se ordenó, a los fines de reparar la vulneración del derecho de asociación sindical, “restablecer en sus cargos a las víctimas”⁸ y pagarles los “salarios caídos y demás derechos laborales que de acuerdo con su legislación correspondan” (párr. 205), sin que fuese menester —bajo la modalidad entonces imperante de reconocimiento indirecto de los DESC— declarar la violación del *derecho al trabajo*⁹ previsto en los arts. 45.b COEA, XIV de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADDH)¹⁰, y 6 del Protocolo Adicional a la CADH en materia de DESC o Protocolo de San Salvador (PSS)¹¹.

La *justiciabilidad*¹² directa de DESC quedó plasmada, por vez primera, en la sentencia del caso *Lagos del Campo vs. Perú* de 31 de agosto de 2017, donde se escrutó el despido de un miembro del comité electoral de una comunidad industrial¹³ como consecuencia de haber denunciado públicamente la injerencia del empleador en la elección de representantes de los trabajadores¹⁴. El tribunal regional reconoció que la víctima representaba los intereses colectivos de los trabajadores y que, por tal virtud, resultaba imperativo garantizarle “un nivel reforzado de protección de la libertad de expresión” para asegura en pleno y eficaz ejercicio de sus funciones (párrs. 96, 108, 113 y 116). En consecuen-

8 “[S]i esto no fuera posible, brindarles alternativas de empleo que respeten las condiciones, salarios y remuneraciones que tenían al momento de ser despedidos. En caso de no ser tampoco posible esto último, el Estado deberá proceder al pago de la indemnización que corresponda a la terminación de relaciones de trabajo, de conformidad con el derecho laboral interno” (párr. 203).

9 El art. 7.d del Protocolo de San Salvador (PSS) prevé la “estabilidad de los trabajadores en sus empleos”. Sin embargo, resultó irrelevante toda vez que Panamá aprobó dicho instrumento con posterioridad a los hechos analizados (Ley 21, publicada en la Gaceta Oficial 22.152 de 27 de octubre de 1992). De otra parte, conviene advertir que, de conformidad con el art. 19.6 PSS, solo se reconoce jurisdicción a la CIDH para conocer de las violaciones a los derechos consagrados en sus arts. 8.a y 13, es decir, libertad sindical (excluido el derecho de huelga) y derecho a la educación.

10 Art. 29.d CADH.- “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de [...] excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

11 Panamá ratificó el PSS el 28 de octubre de 1992, es decir, con posterioridad a los hechos (1990) escrutados por la CIDH en *Ricardo Baena y otros vs. Panamá*, razón por la cual “no se le pueden imputar al Estado violaciones del mismo” (párr. 99).

12 De conformidad con el Diccionario panhispánico del español jurídico, dicho término alude a la “calidad de los derechos que los hace susceptibles de ser alegados y exigidos ante los tribunales de justicia y la Administración pública...”. Recuperado de: <https://dpej.rae.es/lema/justiciabilidad#:~:text=Const.%3B%20Chile%20y%20Ec.,justificaci%C3%B3n%20para%20su%20no%20aplicaci%C3%B3n>. Conviene también destacar el término *justiciabilidad* es de uso frecuente por parte de la CIDH: ver, a título de ejemplo, en la S. *Lagos del Campo vs. Perú* de 31 de agosto de 2017: (i) voto razonado del juez Roberto F. Caldas (párrs. 1, 6, 7, 20, 28 y 29); voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor (párrs. 1, 6, 7, 8, 27, 45, y 49); y voto parcialmente disidente del juez Humberto Sierra Porto (párrs. 4, 6, 18, 20, 21, 23, 25, 39 y 45).

13 Instancia de participación de los trabajadores en la propiedad, gestión y utilidades de la empresa, regulada en los Decretos Leyes Nos. 18350 y 18384, de 27 de julio de 1970 y 1º de septiembre del mismo año, respectivamente.

14 El señor Lagos del Campo denunció públicamente “las maniobras liquidadoras de la patronal, quienes utilizando la vacilación de algunos trabajadores llevaron a cabo fraudulentas elecciones al margen del Comité Electoral y sin la participación mayoritaria de los comuneros” (párrs. 50 y 51). El despido se produjo invocándose “el incumplimiento injustificado de las obligaciones de trabajo, la grave indisciplina y el «faltamiento grave de palabra» en agravio del empleador” (párr. 52).

DERECHOS LABORALES EN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

cia, el despido sancionatorio produjo la vulneración —entre otros— de los derechos a la estabilidad laboral (art. 26 CADH)¹⁵ y a la libre asociación¹⁶ (arts. 16.1 y 26 *eiusdem*¹⁷).

En el trayecto que condujo de *Baena y otros vs. Panamá* (2001) a *Lagos del Campo vs. Perú* (2017) se advierten relevantes trazas —sobre la *justiciabilidad* de los DESC— que conviene ponderar:

- i. En *Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú* de 24 de noviembre de 2006, el juez Antonio Cancado Trindade, en su voto razonado, destacó “que todos los derechos humanos, inclusive los derechos económicos, sociales y culturales, son pronta e inmediatamente exigibles y justiciables” (párr. 7);
- ii. En *Acevedo Buendía y otros vs. Perú* de 1º de julio de 2009 se introdujo un relevante argumento *topográfico* (párr. 100): el artículo 26 CADH se ubica en la Parte I de dicho instrumento, razón por la cual está sujeto a las obligaciones generales de respeto y garantía (art. 1.1) y de adopción de medidas necesarias (art. 2). Dicha idea deviene reforzada por la “interdependencia existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, [...] entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello” (párr. 101);
- iii. En *Furlan y familiares vs. Argentina* de 31 de agosto de 2012, la jueza Margarette May Macaulay, en su voto concurrente y con el objeto de fundamentar la *justiciabilidad* del derecho a la salud y a la seguridad social, destacó —entre otros criterios pertinentes— la necesidad de actualizar “el sentido normativo del artículo 26 [CADH]”, toda vez que “lo que importa no es la intención subjetiva de los delegados de los Estados en el momento de la Conferencia de San José o durante la discusión del Protocolo de San Salvador, sino la intención objetivada del texto de la convención americana, tomando en cuenta que el deber del intérprete es actualizar el sentido normativo del instrumento internacional” (párr. 9); y
- iv. En *Suárez Peralta vs. Ecuador* de 21 de mayo de 2013, el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, en su voto concurrente, sostuvo que la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos implica: “a) establecer una relación fuerte y de igual importancia entre derechos civiles y políticos y [DESC...]; b) obligar a interpretar todos los derechos de manera conjunta [...] y a valorar las implicaciones que tiene el respeto, protección y garantía de unos derechos sobre otros para su implementación efectiva; c) otorgar una visión autónoma a los [DESC...], conforme a su esencia y características propias; d) reconocer que pueden ser violados de manera autónoma [...]; e) precisar las obligaciones que deben cumplir los Estados en materia de [DESC...]; f) permitir

15 El derecho al trabajo y la estabilidad laboral (art. 26 CADH) han sido posteriormente abordados en las sentencias de los casos *Trabajadores cesados de Petroperú y otros vs. Perú* de 23 de noviembre de 2017 y *San Miguel y otras vs. Venezuela* de 8 de febrero de 2018.

16 “[L]os derechos derivados de la representación de los intereses de un grupo tiene una naturaleza dual, pues recae tanto en el derecho del individuo que ejerce el mandato o designación como en el derecho de la colectividad de ser representada, por lo que la violación del derecho del primero (el representante) repercute en la vulneración del derecho del otro (el representado)” (párr. 162).

17 Párrs. 153, 163 y 166.

una interpretación evolutiva del corpus juris interamericano y de manera sistemática, especialmente para advertir los alcances del artículo 26 [CADH...] con respecto al Protocolo de San Salvador; y g) proporcionar un fundamento más para —desde el 29.b CADH— utilizar otros instrumentos e interpretaciones de organismos internacionales relativas a los [DESC...] con el fin de darles contenido” (párr. 27).

La sedimentación y ensamblaje de los criterios antes expuestos permitió —en *Lagos del Campo vs. Perú* (párrs. 141-144)— declarar la vulneración de la *estabilidad laboral* —desgajada del derecho al trabajo— ex art. 26 CADH, en concordancia con los arts. 45.b COEA y XIV DADDH.

Posteriormente, la *justiciabilidad* directa de derechos laborales fue ratificada en *Trabajadores cesados de Petroperú y otros vs. Perú* de 23 de noviembre de 2017, *San Miguel y otras vs. Venezuela* de 8 de febrero de 2018, *Spoltore vs. Argentina* de 9 de junio de 2020, *Empleados de la fábrica de fuegos en Santo Antonio de Jesus y sus familiares vs. Brasil* de 15 de julio de 2020, y *Casa Nina vs. Perú* de 24 de noviembre de 2020.

Como se desprende de lo expuesto en los párrafos precedentes, la jurisprudencia de la CIDH contempla criterios relevantes en materia de derechos humanos —específica e inespecíficamente¹⁸— laborales, esto es, tanto aquellos que solo o fundamentalmente cabe ejercer en la esfera de relaciones laborales, como es el caso de la libertad sindical, la estabilidad laboral y las condiciones de salud en el trabajo, como aquellos otros cuya titularidad dimana del status de ser humano o ciudadano y que, ejercidos en el ámbito de la relación de trabajo, adquieren una “dimensión laboral sobrevenida”¹⁹, como acontece con el derecho a la igualdad e interdicción de discriminaciones. En términos simples, los inespecíficos no son derechos inherentes al trabajador sino a la persona o ciudadano que, por añadidura, presta servicios personales en beneficio de otro y en dicho ámbito los ejerce.

2. LIBERTAD SINDICAL

2.1. Libertad de asociación con fines laborales

En *Baena y otros vs. Panamá* (2001) se sostiene que la libertad de asociación con fines laborales —ex art. 16.1 CADH— “debe ser analizada en relación con la libertad sindical”²⁰, concebida esta como “la

¹⁸ Palomeque López, Manuel Carlos, *Los derechos laborales en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 32.

¹⁹ Palomeque López, Manuel Carlos, “El derecho a la igualdad y no discriminación en el ordenamiento laboral español”, *Revista Derecho del Trabajo*, No. 2, Fundación Universitas, Barquisimeto, 2006, pág. 15.

²⁰ Párr. 156.

facultad de constituir organizaciones sindicales y poner en marcha su estructura interna, actividades y programa de acción, sin intervención de las autoridades públicas que limite o entorpezca el ejercicio del respectivo derecho” (párr. 156).

Se precisó además que esta libertad entraña una faz negativa²¹, es decir, “que cada persona pueda determinar sin coacción alguna si desea o no formar parte de la asociación”²² (párr. 156). Ello no deja de ser relevante, tomando en consideración que el Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98)^{23 24} no se pronuncia en relación con las cláusulas de seguridad sindical que pudiesen entrañar coacción favorable a la afiliación sindical²⁵.

2.2. Titularidad y componentes

La libertad sindical —inserta en el *corpus juris* de los derechos humanos²⁶— ensambla —como ya se ha destacado— tres componentes interdependientes e inescindibles²⁷:

- i. *Organizativo*, es decir, el derecho de los trabajadores y los empleadores²⁸, sin ninguna distinción y sin autorización previa, a constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el

21 Ello comporta, *prima facie*, la incompatibilidad de algunas modalidades de cláusulas de seguridad sindical, en particular aquellas que condicionan la contratación del trabajador o la preservación del vínculo laboral a su afiliación sindical. En relación con la tortuosa jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de libertad sindical negativa —habida cuenta la relevancia de las cláusulas de seguridad sindical en países tales como Reino Unido, Irlanda, Dinamarca, Suecia e Islandia— puede consultarse: Valdés-Dal-Re, Fernando, “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre los derechos de libertad sindical”, *Provocaciones de Mario Ackerman. Libro en homenaje a un profesor*. H. Las Heras, A. Sudera y D. Tosca (coordinadores), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, pp. 283-286.

22 La libertad sindical individual en sentido negativo aparece expresamente prevista en el art. 8.3 del Protocolo de San Salvador: “Nadie podrá ser obligado a pertenecer a un sindicato”.

23 Adoptado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) el 1 de julio de 1949.

24 En lo sucesivo, Convenio 98 OIT.

25 El Convenio 98 OIT “no debería interpretarse en el sentido de que autoriza o prohíbe las cláusulas de seguridad sindical”. Dichas cuestiones “deben resolverse de acuerdo con la reglamentación y la práctica nacionales.” Oficina Internacional del Trabajo, *La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical*, 6ª edición, OIT, Ginebra, 2018, párr. 553, p. 103.

26 Párr. 158.

27 Carballo Mena, César Augusto, *Libertad sindical. La perspectiva de los derechos fundamentales*, CACM, Caracas, 2012, p. 165.

28 Aunque no existe pronunciamiento expreso de la CIDH acerca de la titularidad de la libertad sindical en cabeza de los empleadores, resulta altamente probable que así sea reconocido en su oportunidad toda vez que: (i) el art. 16 CADH no limita expresamente a los trabajadores el derecho de asociarse con fines laborales; (ii) el art. 45.c COEA reconoce a trabajadores y empleadores el “derecho de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses”; y (iii) el art. 2 del Convenio 87 OIT, con mucho el más emblemático instrumento universal sobre la materia, reconoce —a texto expreso— a los empleadores como titulares de la libertad sindical. No obstante, cabe advertir que en la literalidad del art. 8 del Protocolo de San Salvador los derechos sindicales solo se reconocen a los trabajadores.

DERECHOS LABORALES EN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

de afiliarse —o no— a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas, ex arts. 45.c COEA y 2 del Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87)^{29 30}. “Como proyección de este derecho, [...] los sindicatos [podrán] formar federaciones y confederaciones nacionales y asociarse a las ya existentes, así como formar organizaciones sindicales internacionales y asociarse a la de su elección” (art. 8.1 PSS³¹);

ii. *Funcional*, esto es, el derecho a fomentar y defender sus intereses colectivos, grupales o de clase a través —fundamentalmente— de la negociación colectiva, la huelga, el diálogo social y la participación en la gestión empresarial³²; y

iii. *Inmunitario*, por cuya virtud deben adoptarse medidas idóneas —de fuente estatal y autonómica— destinadas a brindar adecuada protección frente a las conductas que tuviesen por objeto o efecto impedir, restringir u obstaculizar el pleno y eficaz ejercicio de la libertad sindical (arts. 45.c COEA, 11 Convenio 87 OIT, 1 y 2 Convenio 98 OIT, y 1 Convenio 135 OIT). En este sentido, el “Estado debe garantizar que las personas puedan ejercer libremente su libertad sindical sin temor de que serán sujetos a violencia alguna, de lo contrario, se podría disminuir la capacidad de las agrupaciones de organizarse para la protección de sus intereses” (*Huilca Tecse vs. Perú*, 3 de marzo de 2005, párr. 77)³³.

Dichos componentes, inescindibles e interdependientes, entrañan derechos de titularidad individual —trabajadores y empleadores, singularmente considerados— y colectiva —personas morales o jurídicas que representan intereses de categoría, como es el caso de organizaciones, federaciones y confederaciones sindicales—. En “su dimensión individual, la libertad de asociación, en materia laboral, no se agota con el reconocimiento teórico del derecho a formar sindicatos, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para ejercer esa libertad”. La “libertad para asociarse y la persecución de ciertos fines colectivos son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de asociarse representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de la colectividad de alcanzar los fines que se proponga” (*Huilca Tecse vs. Perú* de 3 de marzo de 2005, párr. 70³⁴).

29 Adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el 9 de julio de 1948.

30 En lo sucesivo, Convenio 87 OIT.

31 Reproduce en gran medida el contenido del art. 5 Convenio 87 OIT.

32 Como será luego destacado, la CIDH aún no ha precisado el catálogo de actividades que estima intrínseco a la libertad sindical.

33 Este criterio será reiterado en *Cantoral Huamani y García Santa Cruz vs. Perú* de 10 de julio de 2007, párr. 148, e *Isaza Uribe y otros vs. Colombia* de 20 de noviembre de 2018, párr. 145. Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su informe núm. 57/02 de 21 de octubre de 2002 (caso 11.382. Finca La Exacta. Guatemala) declaró que “al coaligarse en una asociación sindical [...] los trabajadores habían emprendido una actividad protegida por el artículo 16 de la Convención [Americana sobre Derechos Humanos]”; de tal manera que las severas represalias de que fueron objeto —por parte de “agentes gubernamentales, que trabajaban con los propietarios de la finca”— “constituyen una violación del [referido] artículo 16” (párr. 80). Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ob.cit., p. 110.

34 La CIDH analizó en este caso la ejecución extrajudicial de un dirigente sindical.

La imbricación entre lo individual y colectivo, así como el carácter interdependiente e inescindible de los componentes de la libertad sindical, aparecen reflejados en la *Opinión Consultiva OC-22/16* de 26 de febrero de 2016, relativa a la titularidad de derechos humanos por parte de personas jurídicas: “la protección de los derechos de los sindicatos, las federaciones y las confederaciones es indispensable para salvaguardar el derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección. Por su naturaleza misma, dichos entes colectivos buscan ser interlocutores por medio de los cuales se protejan y promuevan los intereses de sus asociados, así que una desprotección de sus derechos se traduciría en un impacto de mayor intensidad en sus asociados ya que se generaría una afectación o limitación del goce efectivo de los trabajadores a organizarse colectivamente” (párr. 96).

2.3. Negociación colectiva, huelga y diálogo social

En relación con el *componente funcional* de la libertad sindical, resulta imperativo enfatizar que la CIDH no ha precisado aún el catálogo de *actividades* que este debe abarcar para asegurar el fomento y defensa de los intereses de trabajadores o empleadores. No obstante, casi con certeza reconocerá los derechos de *negociación colectiva* y *huelga*, toda vez que:

- i. Es criterio pacífico y diuturno de los órganos de control de la OIT³⁵, cuya doctrina “refuerza la credibilidad y legitimidad”³⁶ de las decisiones de la CIDH;
- ii. Ha sido proclamado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos³⁷; y
- iii. Aparece consagrado expresamente el art. 45.c de la Carta de la Organización de Estados Americanos de 30 de abril de 1948³⁸: “Los empleadores y los trabajadores, tanto rurales como urbanos, tienen el derecho de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses, incluyendo el derecho de negociación colectiva y el de huelga por parte de los trabajadores,

35 “El derecho de huelga es corolario indisoluble del derecho de sindicación protegido por el Convenio núm. 87.” Oficina Internacional del Trabajo, *La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical*, 6ª edición, OIT, Ginebra, 2018, párr. 754, p. 145. “El derecho de negociar libremente con los empleadores las condiciones de trabajo constituye un elemento esencial de la libertad sindical...” Ibidem, párr. 1232, p. 235. “[L]as disposiciones que prohíben a los sindicatos entablar la negociación colectiva, inevitablemente, frustran el objetivo y la actividad principales para los cuales fueron creados, lo que es contrario no sólo al artículo 4 del Convenio núm. 98 sino también al artículo 3 del Convenio núm. 87...” Ibidem, párr. 1234, p. 236.

36 Duhaime, Bernard and Décoste, Éloïse, “From Geneva to San José: The ILO standards and the Inter-American System for the protection of human rights”, *International Labour Review*, Vol. 159, No. 4, Geneva, 2020, p. 526.

37 “[L]a protección del derecho a la huelga, junto a la libertad sindical y la negociación colectiva, son pilares fundamentales para garantizar el derecho al trabajo y sus condiciones justas y equitativas al ser un derecho al que pueden recurrir los trabajadores y sus organizaciones en defensa de sus intereses económicos, sociales y profesionales.” Informe de Fondo N° 157/19, caso 12432, ex trabajadores del organismo judicial, Guatemala, párr. 83.

38 La Carta de la Organización de Estados Americanos contempla el catálogo de derechos económicos, sociales y culturales a los que genéricamente alude el art. 26 CADH.

el reconocimiento de la personería jurídica de las asociaciones y la protección de su libertad e independencia, todo de conformidad con la legislación respectiva”.

Incluso, más allá, la CIDH, en la oportunidad de emitir la Opinión Consultiva OC-27, podría también incluir al *diálogo social* como componente funcional de la libertad sindical. En efecto, mediante comunicación de 31 de julio de 2019, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en ejercicio de la facultad prevista en el art. 64.1 CADH, solicitó a la CIDH responder “cuál es el alcance de las obligaciones de los Estados sobre las garantías específicas que se desprenden de los artículos 34.g y 44 incisos b. c. y g. de la Carta de la OEA, 1.1, 2 y 26 de la Convención Americana y XIV y XXII de la Declaración Americana para la participación efectiva de los trabajadores y trabajadoras por medio del ejercicio de la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, en los procesos de diseño, construcción y evaluación de normas y políticas públicas relacionadas al trabajo en contextos de cambios en el mercado de trabajo mediante el uso de nuevas tecnologías?” (literal f).

De este modo, la CIDH podría recibir el testigo de la OIT y proclamar —lo que no le es ya posible a los órganos de control de ésta³⁹— que la libertad sindical, en la esfera de un sistema democrático de relaciones laborales, alcanza, además de la negociación colectiva y la huelga, al diálogo social como mecanismo destinado al fomento y defensa de los intereses de los trabajadores y de los empleadores mediante la participación de sus organizaciones en “la preparación y aplicación de medidas sociales y económicas”. Lo expuesto encontraría fundamento adicional en el criterio según el cual el derecho a participar políticamente —ex art. 23 CADH— supone también “influir en la formación de la política estatal a través de mecanismos de participación directa”⁴⁰.

Si el diálogo social fuese reconocido como manifestación de la libertad sindical, cabría entonces delimitar su núcleo esencial a partir de los criterios sentados por la CIDH en relación con el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), consagratorio de los derechos a la consulta⁴¹ y la

39 En 2012 se produjo un impasse en el seno de la OIT, a propósito del cuestionamiento del Grupo Empleador a la doctrina que sobre el derecho de huelga ha desarrollado la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), a partir de los arts. 3 y 10 del Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87). Por tal virtud, la CEACR ha advertido que: “Al afirmar que sus opiniones deben considerarse como válidas y generalmente reconocidas (a falta de una sentencia en sentido contrario de la [Corte Internacional de Justicia...]), la Comisión no está diciendo que considere que sus opiniones tengan valor de cosa juzgada (*res judicata*) o ningún efecto equiparable. La Comisión no se considera a sí misma como un tribunal. De hecho, ha dejado claro en todo momento que sus directrices [...] no son vinculantes”. Conferencia Internacional del Trabajo, *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Parte I, OIT, Ginebra, 2013, párr. 35, p. 14.

40 CIDH, caso *Castañeda Gutman vs. México*, sentencia de 6 de agosto de 2008, párr. 146.

41 Los Gobiernos deben: (i) “consultar a los [...] interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente” (art. 6.a), y (ii) “establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los [...] interesados, a fin de determinar si [sus...] intereses [...] serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras” (art. 15.2).

participación⁴² en lo concerniente a medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar los intereses de dichas comunidades. Al respecto, la jurisprudencia del tribunal regional destaca que las consultas deben realizarse activamente, de manera informada y de buena fe, a través de procedimientos adecuados que brinden plazos razonables de respuesta y tengan por objeto llegar a un acuerdo⁴³.

2.4. Tutela

Como se destacó en *Acevedo Buendía y otros vs. Perú* de 1° de julio de 2009, existe un vínculo de interdependencia entre derechos civiles y políticos, de un lado, y derechos económicos, sociales y culturales, del otro, “ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello” (párr. 101). Por tal virtud el “Comité de Libertad Sindical de la OIT ha señalado que «la libertad sindical sólo puede ejercerse en una situación en que se respete y garanticen plenamente los derechos humanos fundamentales, en particular los relativos a la vida y a la seguridad de la persona»”⁴⁴ (*Huilca Tecse vs. Perú* de 3 de marzo de 2005, párr. 75).

En la sentencia del caso *Lagos del Campo vs. Perú* de 31 de agosto de 2017, se declara que “la protección que reconoce el derecho a la libertad de asociación en el contexto laboral se extiende a organizaciones que, aun cuando tengan una naturaleza distinta a la de los sindicatos, persigan fines de representación de los intereses legítimos de los trabajadores”. En abono de lo expresado se alude al art. 3.b del Convenio sobre los representantes de los trabajadores, 1971 (núm. 135), adoptado por la OIT el 23 de junio de 1971, conforme al cual la expresión “representantes de los trabajadores” comprende aquellos reconocidos como tales en virtud de la legislación o práctica nacional, se trate de representantes sindicales, o de “representantes libremente elegidos por los trabajadores de la empresa” (párr. 158).

La dilatación de la libertad de asociación en el contexto laboral más allá de la organización y funcionamiento de sindicatos⁴⁵ entronca con el art. 10 Convenio 87 OIT, por cuya virtud “el término

42 Los Gobiernos deben “establecer los medios a través de los cuales los [...] interesados puedan *participar libremente*, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan” (art. 6.b).

43 Ver sentencias proferidas por la CIDH en los casos *Pueblo Saramaka vs. Surinam* de 28 de noviembre de 2007, *Pueblo Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* de 27 de junio de 2012, *Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros vs. Honduras* de 8 de octubre de 2015, *Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros vs. Honduras* de 8 de octubre de 2015, y *Pueblos Kaliña y Lokono vs. Suriname* de 25 de noviembre de 2015.

44 En este sentido, ver Resolución OIT sobre los derechos sindicales y su relación con las libertades civiles de 25 de junio de 1970: “los derechos conferidos a las organizaciones de trabajadores y de empleadores se basan en el respeto de las libertades civiles enumeradas, en particular, en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [...] concepto de derechos sindicales carece totalmente de sentido cuando no existen tales libertades civiles”.

45 “Lo novedoso [—en lo que atañe a la sentencia del caso *Lagos del Campo vs. Perú* de 31 de agosto de 2017—] es la ampliación de la protección de la libertad

organización significa toda organización de trabajadores o de empleadores que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores o de los empleadores". La norma transcrita encarna una *tautología virtuosa* que —a la luz del principio de primacía de la realidad— evidencia un radical desprecio por las formas y destaca —en contraposición— la esencialidad de los fines perseguidos. En otras palabras, se considerará como organización en el ámbito de la libertad sindical cualquier instancia, sin importar su denominación o estructura, siempre que tenga por finalidad "fomentar y defender los intereses de los trabajadores o de los empleadores".

De las consideraciones anteriores se desgajó —en la sentencia del caso *Lagos del Campo vs. Perú* de 31 de agosto de 2017— el reconocimiento de la víctima como representante de los trabajadores en el ámbito del comité electoral de una instancia de participación de los trabajadores en la propiedad, gestión y utilidades empresariales (comunidad industrial). Por tal virtud, las manifestaciones públicas —en ejercicio de la libertad de expresión⁴⁶ (art. 13.1 CADH⁴⁷)— relativas a la supuesta injerencia patronal en procesos electorales merecían un nivel reforzado de protección toda vez que, "además de rebasar el ámbito privado, tenían una relevancia o impacto tal como para trascender no sólo el interés colectivo de los trabajadores de la empresa sino del gremio (de comuneros) relacionado con las Comunidades Industriales en general" (párr. 116).

3. DERECHO AL TRABAJO Y ESTABILIDAD LABORAL

El derecho al trabajo aparece consagrado, en la órbita del sistema interamericano de derechos humanos, en los arts. 45.b COEA, XIV DADDH⁴⁸ y 6 PSS⁴⁹.

sindical en organizaciones de trabajadores y sus representantes distintas a las sindicales y el tipo de protección eficaz que deben gozar para evitar el despido antisindical." Canessa Montejo, Miguel, "La protección interamericana de la libertad sindical y de la estabilidad laboral: el caso Lagos del Campo vs. Perú", *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. 8, N° 16, 2017, p. 148. Recuperado de: <https://revistatrabajo.uchile.cl/index.php/RDTSS/issue/view/4783>.

- 46 70. "La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que [...] los sindicatos [...] puedan desarrollarse plenamente". CIDH, *Opinión Consultiva OC-5/85* (13 de noviembre de 1985).
- 47 "Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección".
- 48 Incluye el derecho de toda persona a "seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo".
- 49 El derecho al trabajo "incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada". A tales fines, los Estados deberán adoptar medidas dirigidas, especialmente, "al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos". Asimismo, deberán "ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo".

3.1. Tutela indirecta

La CIDH brindó al derecho al trabajo —y más concretamente, a la estabilidad laboral— tutela indirecta o por conexión con otros derechos civiles, durante el período 2001-2017:

- i. En *Ricardo Baena y otros vs. Panamá* de 2 de febrero de 2001 ordenó “restablecer en sus cargos a las víctimas” y pagarles los “salarios caídos y demás derechos laborales que de acuerdo con su legislación correspondan”, toda vez que los despidos fueron calificados como lesivos del “derecho a asociarse libremente con fines [...] laborales” (art. 16.1 CADH); y
- ii. En *Trabajadores del Congreso vs. Perú* de 24 de noviembre de 2006 impuso la reparación de las víctimas de despidos arbitrarios por estimarse que habían sido violadas las garantías judiciales y la protección judicial (arts. 8 y 25, respectivamente CADH).

3.2. Tutela directa

La *justiciabilidad* directa del derecho al trabajo y —su componente inescindible— la estabilidad laboral⁵⁰ fue plasmada por vez primera en la sentencia del caso *Lagos del Campo vs. Perú* de 31 de agosto de 2017 y ratificada en las sentencias de los casos *Trabajadores cesados de Petroperú y otros vs. Perú* de 23 de noviembre de 2017, *San Miguel y otras vs. Venezuela* de 8 de febrero de 2018⁵¹, y *Casa Nina vs. Perú* de 24 de noviembre de 2020.

En la referida sentencia del caso *Lagos del Campo vs. Perú* se determinó que la víctima ostentaba la condición de representante de los trabajadores —en la esfera de una comunidad industrial⁵²— y que, por tal virtud, debió gozar de eficaz protección contra todo acto que pudiese perjudicarlo por el ejercicio de sus funciones, incluyendo el despido⁵³ (párrs. 96, 108, 113, 116 y 126).

50 Ésta, junto con los deberes patronales de contratación preferente, constituye la clásica respuesta que se brinda al *derecho al trabajo* desde la perspectiva del *Derecho del trabajo*. Ver, De Buen Lozano, Néstor, “El derecho al trabajo”, *Estudios sobre derecho laboral, homenaje a Rafael Caldera*, T. I, Ed. Sucre, Caracas, 1977, pp. 101-122.

51 El juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, mediante voto razonado en la sentencia del caso *Martínez Esquivia vs. Colombia* de 6 de octubre de 2020, advirtió —acertadamente— que la “desvinculación arbitraria” de una fiscal, además de atentar contra la independencia judicial (art. 8 CADH), configura “una afectación en el ámbito laboral de la víctima” (párr. 5). Las “garantías derivadas del principio de independencia judicial”, especialmente la “inamovilidad en el cargo”, “están intrínsecamente ligadas con el derecho a la estabilidad laboral cuando se producen separaciones arbitrarias” (párr. 6). El criterio expuesto fue adoptado por la CIDH en la sentencia del caso *Nina Casa vs. Perú* de 24 de noviembre de 2020.

52 Ver, nota 13.

53 Se hace alusión al párr. 5 de la Recomendación sobre los representantes de los trabajadores, 1971 (núm. 143), adoptada por la OIT el 23 de junio de 1971: “Los representantes de los trabajadores en la empresa deberían gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido por razón de su condición de representantes de los trabajadores, de sus actividades como tales representantes, de su afiliación al sindicato, o de su participación en la actividad sindical, siempre que dichos representantes actúen conforme a las leyes, contratos colectivos u otros acuerdos comunes en vigor” (párrs. 126, 148 y 160, así como notas 141, 155, 166 215 y 231).

Se recalcó —a los fines de las reglas de interpretación previstas en el art. 29 CADH— que:

“el derecho al trabajo está reconocido explícitamente en diversas leyes internas de los Estados de la región [—incluso con rango constitucional⁵⁴—], así como un vasto corpus iuris internacional; inter alia: el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los artículos 7 y 8 de la Carta Social de las Américas, los artículos 6 y 7 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 11 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el artículo 32.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como el artículo 1 de la Carta Social Europea y el artículo 15 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos” (párr. 145).

De otra parte, fue puesta de manifiesto la —antes destacada— ligazón entre el derecho al trabajo y la estabilidad laboral:

“el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General No. 18 sobre el derecho al trabajo, expresó que este mismo «implica el derecho a no ser privado injustamente del empleo». Asimismo, ha señalado que el «incumplimiento de la obligación de proteger se produce cuando los Estados Partes se abstienen de adoptar todas las medidas adecuadas para proteger a las personas sometidas a su jurisdicción contra las vulneraciones del derecho al trabajo imputables a terceros», lo cual incluye «el hecho de no proteger a los trabajadores frente al despido improcedente»” (párr. 147).

En sentido análogo, se indicó que el Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158), adoptado por la OIT el 22 de junio de 1982, “dispone que el derecho al trabajo incluye la legalidad del despido en su artículo 4 e impone, en particular, la necesidad de ofrecer motivos válidos para el despido, así como el derecho a recursos jurídicos efectivos en caso de despido improcedente” (párr. 148). Aunque dicho Convenio no fue ratificado por el Perú⁵⁵ (parte accionada), resultaba relevante su escrutinio —ex art. 29, literales c) y d) CADH— a los fines de delimitar el contenido y alcance del derecho al trabajo proclamado en los —aplicables al caso— arts. 45.b COEA y XIV DADDH.

Como *correlato* de lo expuesto en los párrafos precedentes, la CIDH concluye sosteniendo que el derecho a la estabilidad laboral —en el ámbito privado— entraña un cúmulo de deberes estatales:

54 En el ámbito de las Constituciones latinoamericanas, el derecho al trabajo —o, por lo menos, algunos de sus componentes esenciales— aparece previsto, por ejemplo, en los arts. 75.19 (Argentina); 46.1.1, 46.1.2 y 54.1 (Bolivia); 6 y 170.8 (Brasil); 19.16 (Chile); 25 y 54 (Colombia); 56 (Costa Rica); 45 (Cuba); 33, 325 y 326.1 (Ecuador); 2 y 37 (El Salvador); 101 y 102 (Guatemala); 127 (Honduras); 123 (México); 80 (Nicaragua); 60 (Panamá); 86 y 87 (Paraguay); 22 (Perú); 62 (República Dominicana); y 87 (Venezuela).

55 El Convenio 158 OIT solo ha merecido treinta y seis (36) ratificaciones y solo una (1) en el ámbito latinoamericano (Venezuela, 6 de mayo de 1985).

“a) adoptar las medidas adecuadas para [su...] debida regulación y fiscalización; b) proteger al trabajador y trabajadora, a través de sus órganos competentes, contra el despido injustificado, c) en caso de despido injustificado, remediar la situación (ya sea, a través de la reinstalación o, en su caso, mediante la indemnización y otras prestaciones previstas en la legislación nacional) [...], y d) [...] disponer de mecanismos efectivos de reclamo frente a una situación de despido injustificado, a fin de garantizar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva de tales derechos” (párr. 149).

En síntesis, el derecho al trabajo, en los términos consagrados en los arts. 45.b COEA y XIV DADDH, implica necesariamente el reconocimiento de una estabilidad laboral que, como mínimo, proteja al trabajador frente a la opción del despido libre o *ad nutum*. Incluso, si se mira bien, todo el andamiaje protectorio del Derecho del trabajo depende de tal premisa: sin estabilidad laboral resultaría imposible garantizar —como dicha disciplina jurídica aspira⁵⁶— la igualdad, integridad, dignidad y libertad del trabajador. En otras palabras, el despido libre intensifica la sumisión del trabajador pues este tenderá a abdicar de toda protección para salvaguardar su fuente fundamental de medios de subsistencia⁵⁷.

3.3. Sector público

La estabilidad laboral también es susceptible de tutelarse en el ámbito de la administración pública, incluso bajo modalidades de contratación por tiempo determinado o para una obra determinada: “el derecho a no ser privado injustamente del empleo”⁵⁸ y, por tal razón, a ser protegido “contra el despido injustificado”⁵⁹, entraña la proscripción de la extinción anticipada y arbitraria del vínculo jurídico por voluntad del empleador, tal como fue declarado en las sentencias correspondientes a *San Miguel y otras vs. Venezuela* (párr. 220) y *Casa Nina vs. Perú* (párr. 109).

3.4. Contratación temporal

Aunque no haya sido abordado aún por la CIDH, conviene señalar —finalmente— que, a la luz del principio de primacía de la realidad sobre las formas o apariencias⁶⁰, la estabilidad laboral supone también la interdicción de contrataciones temporales o para una obra determinada que tengan por objeto o efecto facilitar al empleador la extinción arbitraria del vínculo laboral. En este sentido, la

56 Ermida Uriarte, Oscar, *Meditación sobre el derecho del trabajo*, Cuadernillos de la Fundación Electra, N° 1, Montevideo, 2011, pp. 7-12.

57 Ver, De la Cueva, Mario, *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*, T I, 12ª ed., Ed. Porrúa, México, 1990, pp. 219 y 220.

58 Sentencia del caso *Lagos del Campo vs. Perú*, párr. 147.

59 *Ibidem*, párr. 149.

60 Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006 (núm. 198), adoptada por la OIT el 15 de junio de 2006, párr. 9. En América Latina, el principio de primacía de la realidad ha sido incluso tipificado en las Constituciones de Colombia (art. 53), Venezuela (art. 89) y Bolivia (art. 48.II).

Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 166), adoptada por la OIT el 22 de junio de 1982, prevé la conveniencia de establecer “garantías adecuadas contra el recurso a contratos de trabajo de duración determinada cuyo objeto sea eludir la protección [de la estabilidad laboral...]” (párr. 3.1), entre las cuales destaca “limitar la utilización de los contratos de duración determinada a los casos en que, a causa de la índole del trabajo que haya de realizarse, a causa de las condiciones en que deba realizarse o en razón de los intereses del trabajador, la relación de trabajo no pueda ser de duración indeterminada” (párr. 3.2.a)⁶¹.

4. PROHIBICIÓN DEL TRABAJO FORZOSO

De conformidad con el art. 6 CADH, “1. Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas”; y “2. Nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio...”.

Asimismo, el art. 27.2 CADH declara que el derecho a no ser sometido a esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso no podrá ser suspendido bajo excusa alguna, incluyendo “caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte”. Tal circunstancia, al lado de su consagración en múltiples instrumentos internacionales de derechos humanos⁶², revela su status de *jus cogens*^{63 64}.

61 En este orden de ideas, en sentencia SL-2586 de 15 de julio de 2020, la Corte Suprema de Justicia (Colombia), en Sala de Casación Laboral, se asentó —a propósito de la estabilidad reforzada de trabajadores con discapacidad— que “la causa objetiva o principio de razón objetiva [—a los fines de calificar la extinción del vínculo laboral—] es un aspecto que debe buscarse en los hechos, en la realidad”. La opción de contratación laboral a término “no es una coraza compacta y hermética que impida la vigencia de los derechos fundamentales en su interior. Tampoco dota al empleador de un poder omnimodo en la empresa ni una licencia para inobservar los derechos fundamentales en el trabajo”. “De modo que, si se alega que la decisión está libre de estos prejuicios, necesariamente es el empleador quien tiene el deber de demostrar que ello es así, aportando el medio de convicción de la objetividad de su decisión. Y tal prueba no es otra que aquella que acredite que la necesidad empresarial para la que fue contratado el trabajador, desapareció, pues no de otra forma podría justificarse la no renovación del contrato”.

62 Andreu, Federico, “Artículo 6. Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre”, *Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentada*, Christian Steiner y Patricia Uribe (coordinadores), Fundación Konrad-Adenauer, México, 2014, pp. 163-165, 167, 168 y 173.

63 CIDH, *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil* de 20 de octubre de 2016, párr. 249, 342, 412, 412 y 454.

64 “En el listado de normas imperativas [—*jus cogens*—] destacan claramente para el ámbito laboral dos derechos humanos: la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la discriminación racial.” Canessa Montejo, Miguel, “El *jus cogens* laboral: los derechos humanos laborales recogidos en normas imperativas del derecho internacional general”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N° 14, 2017, p. 16. Recuperado de: <http://www.relats.org/documentos/DERECHO.Canessa3.pdf>.”

En la sentencia que dirimió el caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil* de 20 de octubre de 2016 se precisó el alcance del art. 6 CADH y, por tanto, de los penumbrosos límites entre los supuestos que regula^{65 66}:

- i. La servidumbre personal “debe ser interpretada como «la obligación de realizar trabajo para otros, impuesto por medio de coerción, y la obligación de vivir en la propiedad de otra persona, sin la posibilidad de cambiar esa condición»” (párr. 280);
- ii. La trata de esclavos y de mujeres “debe ser interpretada [—a la luz del principio pro persona—] de manera amplia para referirse a la «trata de personas»” (párr. 289), lo cual entraña: “i) la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas; ii) recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra [...]; iii) con cualquier fin de explotación” (párr. 290); y
- iii. Trabajo forzoso u obligatorio, en los términos del párr. 2.1 del Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29), “designa todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente” (párr. 291). Dicha definición consta de dos elementos básicos o presupuestos: “En primer lugar, el trabajo o el servicio se exige «bajo amenaza de una pena». En segundo lugar, estos se llevan a cabo de forma involuntaria. Además, [en criterio de la CIDH...] es necesario que la presunta violación sea atribuible a agentes del Estado, ya sea por medio de la participación directa de éstos o por su aquiescencia en los hechos”⁶⁷.

En el caso concreto escrutado por la CIDH se advirtió que la libertad y autonomía de los trabajadores se encontraban severamente restringidas, sometidos a violencia física y psicológica con el objeto de “explotar su trabajo forzoso en condiciones inhumanas”, y en un “ambiente de coacción” que les impedía “recuperar su libertad” (párr. 304).

⁶⁵ Andreu, Federico, ob.cit., p. 165.

⁶⁶ “Su gran importancia deriva del hecho de que la Corte IDH aproximó la noción de trabajo forzoso del Convenio 29 de OIT y de muchos otros instrumentos internacionales, en particular la Convención suplementaria de 1956, a la noción de «esclavitud» de la Convención de 1926, considerando que esta es una noción evolutiva que va más allá del «derecho de propiedad» para comprender también a algunos de sus atributos que han sido caracterizados como «formas modernas de esclavitud».” Bronstein, Arturo, “Erradicación del trabajo forzoso: perspectivas desde Ginebra, Estrasburgo y San José”, *Revista de Derecho Aplicado LLM UC*, Núm. 4, 2019, p. 31.

⁶⁷ CIDH, *Masacres de Ituango vs. Colombia* de 1 de julio de 2006, párr. 160.

Frente a los graves riesgos que entrañan las circunstancias descritas, los Estados deben abrogar la normativa que autorice o tolere situaciones de esclavitud, servidumbre, trata de personas y trabajo forzoso; tipificar penalmente dichas figuras; investigar —de oficio e inmediatamente— posibles casos; sancionar con severidad a los responsables; y adoptar medidas de protección y asistencia a las víctimas (párr. 319).

5. IGUALDAD E INTERDICCIÓN DE DISCRIMINACIONES EN LA RELACIÓN DE TRABAJO

Dentro del perímetro del sistema interamericano de derechos humanos destacan las siguientes normas:

“Todas las personas son iguales ante la ley” y, por tal virtud, “tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley” (art. 24 CADH). Los Estados partes se “comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en [la CADH...] y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (art. 1.1 ejusdem)⁶⁸;

“Todos los seres humanos, sin distinción de raza, sexo, nacionalidad, credo o condición social, tienen derecho al bienestar material y a su desarrollo espiritual, en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica” (art. 45.a COEA);

“Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna” (art. II DADDH); y

Los Estados deben adoptar medidas de igualación destinadas a asegurar a “minusválidos” y mujeres el derecho al trabajo (art. 6.2 PSS), y garantizar igual salario por trabajo igual, sin ninguna distinción (art. 7.a *eiusdem*).

Se afirma que “el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico”⁶⁹.

68 En idéntico sentido, art. 3 PSS.

69 CIDH, *Opinión Consultiva OC-18/03* de 17 de septiembre de 2003, párr. 101.

DERECHOS LABORALES EN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

En función del reconocimiento de dicho principio se prohíbe “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”⁷⁰ (*Opinión Consultiva OC-4/84*, 19 de enero de 1984, párr. 54).

En la órbita del Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958, adoptado por la OIT el 26 de junio de 1958, la discriminación alude a “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación” (art. 1.1.a).

Desde la perspectiva expuesta, la interdicción de discriminaciones, directas o indirectas⁷¹, de facto o de jure, supone, al mismo tiempo y sin negar su complementariedad, tanto asegurar idéntico tratamiento a quienes se encuentren en situación análoga (igualdad ante la ley⁷² o formal) como adoptar medidas diferenciadoras destinadas a igualar individuos o colectivos vulnerables o históricamente preteridos (igual protección de la ley⁷³, igualdad material, efectiva o substancial).

En este sentido, la CIDH ha reconocido los deberes estatales de “abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto”, y de “adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas”⁷⁴. Por tanto, el derecho a la igualdad y no discriminación abarca dos concepciones: *negativa*, relacionada con la prohibición de diferencias de trato arbitrarias (igualdad formal), y *positiva*, relacionada con la obligación de los Estados de crear condiciones de igualdad real, material o substancial frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados⁷⁵.

En relación con la aludida *concepción negativa* del derecho a la igualdad y no discriminación, conviene advertir que la diferencia de trato resulta discriminatoria cuando la misma carezca de *jus-*

⁷⁰ Concepto emanado del Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de Naciones Unidas, tomando como base las definiciones de *discriminación* establecidas en los arts. 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y 1.1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. *Apud*, CIDH, *Atala y niñas vs. Chile* de 24 de febrero de 2012, párr. 81.

⁷¹ Noción introducida por la Corte Suprema de Justicia de los EE.UU. en sentencia de 8 de marzo de 1971 (*Griggs vs. Duke Power Company*). Se trata de criterios aparentemente neutros que provocan impacto diferenciado y peyorativo —por ello se le denomina también *discriminación de impacto*— respecto de colectivos tradicionalmente segregados o preteridos.

⁷² Uprimny, Rodrigo y Sánchez, Luz María, “Artículo 24. Igualdad ante la ley”, *Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentada*, ob.cit., pp. 585 y 586.

⁷³ *Ibidem*, p. 586.

⁷⁴ CIDH, *Opinión Consultiva OC-18/03* de 17 de septiembre de 2003, párr. 103.

⁷⁵ CIDH, *Furlan y familiares vs. Argentina* de 31 de agosto de 2012, párr. 267.

tificación objetiva y razonable, es decir, cuando no persiga un fin legítimo y no exista una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido⁷⁶. Consecuentemente, no se incurriría en discriminación “si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas”⁷⁷.

En el supuesto que el tratamiento diferenciado involucre alguna *categoría sospechosa*, es decir, raza, color, sexo, idioma, religión, o cualquiera otra así tipificada (arts. 1.1 CADH, 45.a COEA, y 3 PSS), además de la inversión de la carga probatoria⁷⁸, deberá tornarse más riguroso el escrutinio destinado a verificar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida⁷⁹.

En lo que respecta a la “concepción positiva” del derecho a la igualdad y no discriminación, se precisa que los Estados “están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias”⁸⁰.

En lo que atañe específicamente a las relaciones laborales, resulta de interés comentar brevemente los criterios contenidos en la *Opinión Consultiva OC-18/03* (17 de septiembre de 2003) y las sentencias correspondientes a los casos *Atala y niñas vs. Chile* (24 de febrero de 2012) y *San Miguel y otras vs. Venezuela* (8 de febrero de 2018):

- i. En la *OC-18/03*, a propósito de la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, se afirma categóricamente que los “derechos laborales surgen necesariamente de la condición de trabajador, entendida ésta en su sentido más amplio [esto es, tanto bajo subordinación de otro como autónomamente o por cuenta propia]. Toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada, adquiere inmediatamente la condición de trabajador y, consecuentemente, los derechos inherentes a dicha condición [...] Una persona que ingresa a un Estado y entabla relaciones laborales, adquiere sus derechos humanos laborales en ese Estado de empleo, independientemente de su situación migratoria, puesto que el respeto y garantía del goce y ejercicio de esos derechos deben realizarse sin discriminación alguna” (párr. 133).

En consecuencia, los Estados tienen “la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de éstos, en las relaciones

⁷⁶ CIDH, *Norín Catrimán y otros vs. Chile* de 29 de mayo de 2014, párr. 200.

⁷⁷ CIDH, *Opinión Consultiva OC-4/84* de 11 de enero de 1984, párr. 57.

⁷⁸ CIDH, *Atala y niñas vs. Chile* de 24 de febrero de 2012, párr. 124.

⁷⁹ CIDH, *I.V. vs Bolivia* de 30 de noviembre de 2016, párr. 241.

⁸⁰ CIDH, *Opinión Consultiva OC-24/17* de 24 de noviembre de 2017, párr. 65.

laborales que se establezcan entre particulares (empleador - trabajador). El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales” (párr. 148);

- ii. En la sentencia del caso *Atala y niñas vs. Chile* (24 de febrero de 2012) se señala que “la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la [CADH⁸¹...]. Por ello está proscrita [...] cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual” (párr. 91);

Desde la perspectiva expuesta, corresponde declarar el carácter discriminatorio del sometimiento a una “investigación disciplinaria” que, aunque “no terminó con una sanción”, supuso indagar arbitrariamente sobre la orientación sexual de la trabajadora, “lo cual constituye una interferencia al derecho a la vida privada de [ésta...], el cual se extendía a su ámbito profesional” (párr. 230); y

- iii. En la sentencia del caso *San Miguel y otras vs. Venezuela* se concluye, mediante meticoloso análisis de indicios, que la terminación de los vínculos laborales que mantenían las víctimas con la administración pública revistió carácter discriminatorio, vulnerando el derecho a la participación política y la libertad de pensamiento y expresión: “el Estado no ha dado una explicación circunstanciada y precisa acerca de los motivos de su decisión. En casos como el presente no basta la mera invocación de conveniencia o reorganización, sin aportar más explicaciones, pues la debilidad de precisiones en cuanto a las motivaciones refuerza la verosimilitud de los indicios contrarios” (párr. 149).

6. CONDICIONES DE SALUD EN EL TRABAJO

El derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que aseguren la salud del trabajador fue desarrollado por la CIDH en los casos *Spoltore vs. Argentina* (2020) y *Empleados de la fábrica de fuegos en Santo Antonio de Jesus y sus familiares vs. Brasil* (2020). En dichos fallos se destaca que el art. 45.b COEA, según el cual el trabajo “otorga dignidad a quien lo realiza y debe prestarse en condiciones que [...] aseguren la vida [y...] salud” del trabajador, contempla “una referencia con el suficiente grado de especificidad al derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias”, razón por la cual “es un derecho protegido por el artículo 26 de la Convención” (párrs. 84 y 155, respectivamente).

81 En tanto “condición social” tutelada frente a cualquier trato discriminatorio ex art. 1.1 CADH. Ver, CIDH, *Atala y niñas vs. Chile* de 24 de febrero de 2012, párrs. 84 y 85.

El derecho que se analiza mereció también consagración en los arts. XIV DADDH (“Toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas...”), 7.e PSS (“el derecho al trabajo [...] supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual [...los] Estados garantizarán [...], de manera particular [...] la seguridad e higiene en el trabajo”), 23.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (“Toda persona tiene derecho [...] a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo”), y 7.b del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial [...] la seguridad y la higiene en el trabajo”)⁸².

El derecho al trabajo en condiciones equitativas y satisfactorias entraña, entre otros contenidos esenciales, la prevención de accidentes y enfermedades profesionales “como medio para garantizar la salud del trabajador”⁸³, tal como lo advirtió el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General No. 23: (i) “La prevención de accidentes y enfermedades profesionales es un componente fundamental del derecho a unas condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, y guarda estrecha relación con otros derechos reconocidos en el Pacto, en particular con el derecho al más alto nivel posible de salud física y mental” (párrs. 94 y 168, respectivamente); (ii) Los Estados “deberían adoptar una política nacional para prevenir los accidentes y daños a la salud relacionados con el trabajo mediante la reducción al mínimo de los riesgos en el entorno de trabajo” (párr. 168, *Empleados de la fábrica de fuegos...vs. Brasil*); y (iii) “Los trabajadores afectados por un accidente o enfermedad profesional prevenible deberían tener derecho a una reparación, incluido el acceso a mecanismos adecuados de reclamación, como los tribunales, para resolver las controversias” (párr. 96, *Spoltore vs. Argentina*).

Como se observa, el derecho a condiciones de trabajo que aseguren la salud del trabajador impone a los Estados obligaciones de naturaleza dual, esto es, tanto de “exigibilidad inmediata” como de “carácter progresivo”. Entre las primeras, destacan garantizar condiciones adecuadas de seguridad, higiene y salud que prevengan accidentes de trabajo, “especialmente cuando se trata de actividades que implican riesgos significativos para la vida e integridad de las personas”⁸⁴; fiscalizar⁸⁵ dichas condiciones⁸⁶; y contar con “mecanismos adecuados y efectivos para que los trabajadores afectados

⁸² Párrs. 89-91 y 160-162, respectivamente.

⁸³ Se alude también al art. 4 del Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 (núm. 155), adoptado por la OIT el 22 de junio de 1981: “Todo Miembro deberá [...] formular, poner en práctica y reexaminar periódicamente una política nacional coherente en materia de seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo”, la cual “tendrá por objeto prevenir los accidentes y los daños para la salud que sean consecuencia del trabajo, guarden relación con la actividad laboral o sobrevengan durante el trabajo, reduciendo al mínimo, en la medida en que sea razonable y factible, las causas de los riesgos inherentes al medio ambiente de trabajo” (párrs. 95 y 165, respectivamente).

⁸⁴ Párr. 174, *Empleados de la fábrica de fuegos [...] vs. Brasil*.

⁸⁵ En los términos de los arts. 1, 2.1 y 3.1.a del Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947 (núm. 81) y 4 del Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 (núm. 155). *Ibidem*, párr. 165.

⁸⁶ *Ibidem*, párr. 174.

por un accidente o enfermedad profesional puedan solicitar una indemnización⁸⁷. En cambio, las obligaciones de “carácter progresivo” refieren al deber de avanzar “lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de dicho derecho, en la medida de sus recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”, sin “regresividad frente a la realización de los derechos alcanzados” (párrs. 97 y 172, respectivamente).

En síntesis, la CIDH proclama que el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que aseguren la salud del trabajador se encuentra amparado por el art. 26 CADH, y que del mismo se desgajan, entre otros, los deberes estatales de prevención de accidentes y enfermedades profesionales mediante —muy especialmente— la fiscalización de centros de trabajo, con especial énfasis en aquellos que entrañen actividades significativamente riesgosas para la vida e integridad de las personas; y de garantía de mecanismos adecuados y efectivos que permitan a los trabajadores obtener debida indemnización en caso de accidente o enfermedad profesional⁸⁸.

3. EPÍLOGO

En Latinoamérica⁸⁹ la concepción de los derechos humanos que hilvana la jurisprudencia de la CIDH se aloja en las entrañas de los bloques constitucionales, irradiando íntegramente los respectivos ordenamientos jurídicos.

La abrumadora mayoría de los textos constitucionales de la región, además de contemplar amplios catálogos de derechos humanos, admiten la integración de otros⁹⁰: Reconociendo derechos no

87 *Ibidem*, párr. 99.

88 Ver voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párr. 30 (*Empleados de la fábrica de fuegos [...] vs. Brasil*).

89 Sin desconocer que se trata de un fenómeno global: “La intención de armonizar la interpretación de los derechos fundamentales en sede jurisdiccional nacional se ha convertido en un proyecto global, que se expande progresivamente y se institucionaliza en todo el orbe”. Silva Meza, Juan N., “El diálogo jurisprudencial y la internacionalización de los Derechos Humanos”, *Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentada*, ob.cit., p. vii.

90 Se alude a una triple técnica constitucional para la incorporación de derechos humanos: “interpretativa”, “declarativa” —en los Preámbulos y/o en el articulado de las Constituciones—, y “de cláusulas enunciativas”. Ayala Corao, Carlos, “El Derecho de los derechos Humanos (la convergencia entre el Derecho Constitucional y el derecho Internacional de los Derechos Humanos)”, *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, UNAM, México, 1998, pp. 48-55. Recuperado de: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/113-v-congreso-iberoamericano-de-derecho-constitucional>.

DERECHOS LABORALES EN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

enunciados o enumerados expresamente⁹¹, en tanto inherentes a la persona humana o desgajados de los valores cardinales del sistema político⁹²;

- i. Jerarquizando constitucionalmente tratados internacionales sobre derechos humanos, debidamente ratificados⁹³;
- ii. Proclamando expresa⁹⁴ o tácitamente⁹⁵ tratados internacionales sobre derechos humanos; y/o
- iii. Instrumentalizando tratados internacionales sobre derechos humanos como reglas interpretativas del texto constitucional⁹⁶.

A través de estos conductos dialogan los sistemas de tuición de derechos fundamentales y dere-

91 Gros Espiell, Héctor, "Los derechos humanos no enunciados o no enumerados en el constitucionalismo americano y en el artículo 29.c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, [S.l.], n. 4, p. 145-172, may. 2016. ISSN 1989-5585. Recuperado de: <https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/50225/30684>.

92 Por ejemplo, Constituciones de Argentina (Art. 33), Bolivia (Art. 13.II), Brasil (Art. 5.2º), Chile (art. 5), Colombia (Art. 94), Costa Rica (Art. 74), Ecuador (Art. 11.7), Guatemala (Art. 44), Honduras (Art. 63), Nicaragua (Art. 46), Panamá (Art. 17, único aparte), Paraguay (Art. 45), Perú (Art. 3), República Dominicana (Art. 74.I), Uruguay (Art. 72), y Venezuela (Art. 22).

93 Por ejemplo, Constituciones de Argentina (art. 75.22), Bolivia (art. 13.IV), Brasil (art.5.2º), Colombia (art. 93), Ecuador (arts. 11.3, 417 y 424), Guatemala (art. 46), México (art. 1); Paraguay (arts. 137, 141, 142 y 145), República Dominicana (art. 74.3), y Venezuela (art. 23).

94 Por ejemplo, (i) la Constitución de Argentina reconoce jerarquía constitucional a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, entre otros tratados internacionales sobre derechos humanos (art. 75.22, *in fine*); (ii) la Constitución de Nicaragua incorpora los derechos consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 46); y (iii) la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela refiere al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a propósito de los límites del estado de excepción (art. 339).

95 La Constitución de Argentina, como fue antes reseñado, incorpora al bloque de constitucionalidad un cúmulo de instrumentos internacionales sobre derechos humanos (art. 75.22, *in fine*), entre los que destacan el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los cuales aluden —arts. 8.3 y 22.3, respectivamente— al Convenio 87 OIT. "Esta «incorporación» del Convenio n° 87 de la OIT a los dos pactos sobre derechos humanos de las Naciones Unidas, adquiere un efecto trascendente en la Argentina a partir de la reforma constitucional de 1994, que ha dado lugar a que la doctrina, en primer lugar, y luego la jurisprudencia del máximo tribunal, postularan la jerarquización constitucional compartida por el documento normativo principal de la OIT y los dos mencionados pactos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU)." García, Héctor Omar, "Los convenios núm. 87 y 95, con las interpretaciones de los órganos de control de normas de la OIT, en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina", consultado del original, Buenos Aires, 2019, p. 17.

96 Por ejemplo, (i) la Constitución de Colombia prevé que los derechos y deberes que ella consagra "se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia" (art. 93 *in fine*); y (ii) la Constitución del Perú dispone que "las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú" (Disposición Final y Transitoria Cuarta).

chos humanos⁹⁷, y se trenzan —en protección del trabajador— Derecho del trabajo, Derecho constitucional y Derecho internacional de los derechos humanos⁹⁸.

8. BIBLIOGRAFÍA

- Andreu, F., "Artículo 6. Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre", *Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentada*, Christian Steiner y Patricia Uribe (coordinadores), Fundación Konrad-Adenauer, México, 2014.
- Ayala Corao, C., "El Derecho de los derechos Humanos (la convergencia entre el Derecho Constitucional y el derecho Internacional de los Derechos Humanos)", *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, UNAM, México, 1998. Recuperado de: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/113-v-congreso-iberoamericano-de-derecho-constitucional>.
- Bronstein, A., "Erradicación del trabajo forzoso: perspectivas desde Ginebra, Estrasburgo y San José", *Revista de Derecho Aplicado LLM UC*, Núm. 4, 2019.
- Carballo Mena, C.A., *Libertad sindical. La perspectiva de los derechos fundamentales*, CACM, Caracas, 2012.
- Canessa Montejó, M., "La protección interamericana de la libertad sindical y de la estabilidad laboral: el caso Lagos del Campo vs. Perú", *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. 8, N° 16, 2017.
- Canessa Montejó, M., "El jus cogens laboral: los derechos humanos laborales recogidos en normas imperativas del derecho internacional general", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N° 14, 2017.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos laborales y sindicales. Estándares interamericanos*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos - OEA, 2020.
- De Buen Lozano, N., "El derecho al trabajo", *Estudios sobre derecho laboral, homenaje a Rafael Caldera*, T. I, Ed. Sucre, Caracas, 1977.
- De la Cueva, M., *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*, T I, 12ª ed., Ed. Porrúa, México, 1990.
- Duhaime, B. and Décoste, É., "From Geneva to San José: The ILO standards and the Inter-American System for the protection of human rights", *International Labour Review*, Vol. 159, No. 4, Geneva, 2020.

97 El reconocimiento de derechos humanos puede operar por tres vías: *ontológica, consensual, o constitutiva*. En el primer caso se alude a su "esencia", es decir, si traducen "facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad" (Pérez Luño, Antonio, *Los derechos fundamentales*, 7ª edición, Tecnos, Madrid, 1998, p. 46). En el segundo, si aparecen consagrados en instrumentos internacionales sobre la materia o si la conciencia jurídica universal los tiene por tales. Finalmente, si el ordenamiento interno así los califica, independientemente de su "esencia" o consagración en tratados internacionales (a guisa de ejemplo, el Título III de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se intitula "de los derechos humanos y garantías, y de los deberes"; de donde cabe inferir que aquellos derechos contemplados en dicho catálogo deberán reputarse, en la esfera interna, derechos humanos).

98 Villavicencio, Alfredo, "El cuerpo y el alma del Derecho del Trabajo en un contexto donde la ética y la política reclaman su lugar", *Revista de Derecho Laboral, La relación de dependencia y las nuevas formas de trabajar y contratar*, N° 2020-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe (Argentina), 2020, pp. 43-46.

DERECHOS LABORALES EN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Ermida Uriarte, O., *Meditación sobre el derecho del trabajo*, Cuadernillos de la Fundación Electra, N° 1, Montevideo, 2011.

Faúndez Ledesma, H., *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, 3ª edición, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2004.

García, H.O., *Los convenios núm. 87 y 95, con las interpretaciones de los órganos de control de normas de la OIT, en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina*, consultado del original, Buenos Aires, 2019.

Gros Espiell, H., "Los derechos humanos no enunciados o no enumerados en el constitucionalismo americano y en el artículo 29.c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 4, 2016. Recuperado de: Disponible en: <https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/50225/30684>.

Oficina Internacional del Trabajo, *La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical*, 6ª edición, OIT, Ginebra, 2018.

Palomeque López, M.C., "El derecho a la igualdad y no discriminación en el ordenamiento laboral español", *Revista Derecho del Trabajo*, No. 2, Fundación Universitas, Barquisimeto, 2006.

Palomeque López, M.C., *Los derechos laborales en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

Pérez Luño, A., *Los derechos fundamentales*, 7ª edición, Tecnos, Madrid, 1998.

Silva Meza, J.N., "El diálogo jurisprudencial y la internacionalización de los Derechos Humanos", Christian Steiner y Patricia Uribe (coordinadores), Fundación Konrad-Adenauer, México, 2014.

Uprimny, R. y Sánchez, L.M., "Artículo 24. Igualdad ante la ley", *Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentada*, Christian Steiner y Patricia Uribe (coordinadores), Fundación Konrad-Adenauer, México, 2014.

Valdés-Dal-Re, F., "La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre los derechos de libertad sindical", *Provocaciones de Mario Ackerman. Libro en homenaje a un profesor*. H. Las Heras, A. Sudera y D. Tosca (coordinadores), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017.

Villavicencio, A., "El cuerpo y el alma del Derecho del Trabajo en un contexto donde la ética y la política reclaman su lugar", *Revista de Derecho Laboral, La relación de dependencia y las nuevas formas de trabajar y contratar*, N° 2020-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2020.

LÍMITES DE SUBORDINACIÓN DEL EMPLEADO AL EMPLEADOR Y AUTOCRACIA LABORAL

LIMITS OF SUBORDINATION OF THE EMPLOYEE TO THE EMPLOYER AND LABOUR AUTOCRACY

Dan Țop

Professor, Doctor en Derecho

Universidad Valahia de Târgoviște, Romania

dan.top@valahia.ro [ORCID 0000-0002-1695-9967](https://orcid.org/0000-0002-1695-9967)

Nicoleta Enache

Lector universitario

Universidad Valahia de Târgoviște, Romania

Estudiante de doctorado en UNED-Madrid-España

[ORCID 0000-0002-4591-9905](https://orcid.org/0000-0002-4591-9905)

Recepción de trabajo: 5-02-2021 - Aceptación: 23-03-2021

RESUMEN

La relación laboral (relación) se caracteriza por una forma específica de subordinación del trabajador, que determina el llamado "gobierno privado", caracterizado por el ejercicio de un control arbitrario sobre el trabajador y el poder de dominación que tiene el empleador sobre la vida del trabajador. fuera del horario laboral. Esta tendencia se aprecia como manifestación de la autocracia laboral. El estado y sus estructuras especializadas deben tener un grado mucho mayor de participación, facilitando un diálogo a través del cual los empleados puedan realmente tener voz en la organización del trabajo.

PALABRAS CLAVE: relación laboral, autocracia laboral, subordinación del empleado, organización del trabajo.

ABSTRACT

The employment relationship (relationship) is characterized by a specific way of subordinating the employee, which determines the so-called "private government", characterized by the exercise of arbitrary control over the employee and the power of domination that the employer has over the employee's life. outside working hours. Such a trend is appreciated as the manifestation of labor autocracy. The state and its specialized structures must have a much higher degree of involvement, facilitating a dialogue through which employees can actually have a say in the organization of work.

KEYWORDS: relationship, labor autocracy, subordination of the employee, work organization.

LÍMITES DE SUBORDINACIÓN DEL EMPLEADO AL EMPLEADOR Y AUTOCRACIA LABORAL

Las relaciones de autoridad propias del lugar de trabajo se manifiestan por el llamado “gobierno privado”¹ caracterizado por relaciones de subordinación entre empleado y empleador, el ejercicio de control arbitrario sobre el empleado y las decisiones se toman sin tener en cuenta el interés del empleado. De hecho, el término “gobierno privado” no es nuevo, ya que se utilizó en el siglo XVIII, en la época de Adam Smith y Thomas Paine.

La relación laboral (relación) se caracteriza por una forma específica de subordinar al empleado, dentro del equipo de trabajo y en la estructura organizativa del empleador, a él.

Reguladas por diversos actos normativos, asumidos por el contrato individual y, en su caso, colectivo laboral, las relaciones sociolaborales se convierten en relaciones laborales jurídicas, cuya especificidad esencial consiste en la subordinación, en el derecho, de un individuo / grupo de individuos a una unidad socioeconómica, con una estructura organizativa definida y una jerarquía funcional aceptada².

El rasgo “propio, fundamental, característico y determinante de la relación laboral está constituido por la relación de subordinación, existente entre los sujetos de esta relación”³.

Inicialmente, las partes de la relación laboral legal están en igualdad de condiciones, luego⁴ el empleado se subordina al empleador y se somete a la disciplina laboral impuesta por el empleador.

También se dijo que “la relación laboral es una relación jurídica en la que las partes no son iguales. El empleado está subordinado a su empleador en el ejercicio de las funciones propias del cargo desempeñado y está obligado a cumplir las órdenes de trabajo y quedando sujeto a las prerrogativas de dirección, control y sanción propias del empleador en la relación jurídica de subordinación, en estas condiciones, a las normas del derecho común (derecho civil). fueron suficientes para regular la relación laboral”⁵.

Se mencionó que la subordinación “constituye, en el orden de las relaciones laborales, un requisito objetivo que viene determinado por la necesidad del cumplimiento normal, eficiente y oportuno de las obligaciones de servicio, en cumplimiento de las normas de disciplina laboral”⁶.

1 Anderson E., *Private Government: How Employers Rules Our Lives and Why We Don't Talk about It*, Princeton University Press, 2017.

2 Segneanu A., *Răspunderea penală în dreptul muncii. Legislația penală cu aplicare în sfera dreptului muncii*. Revista română de dreptul muncii, nr. 4/2020, p. 54.

3 Țiclea A., Georgescu L., *Dreptul muncii*, Ed Universal Juridic, București, 2019, p. 13.

4 Țop D., *Tratat de dreptul muncii*, Ed. Mustang, București, 2018, p. 18.

5 Dima L., *Dreptul muncii. Curs universitar*, Ed CHBeck, București, 2017, p. 6.

6 Ștefănescu I.T., *Trăsăturile specifice esențiale ale contractului individual de muncă și autonomia dreptului muncii*, Revista română de dreptul muncii, nr. 4/2018, p. 28.

Tal subordinación del empleado a veces da lugar a un control arbitrario que puede resultar del poder de dominación que el empleador tiene sobre la vida del empleado fuera del horario de trabajo. Son muchos los casos en los que las opiniones de los empleados expresadas en redes sociales (ajenas al puesto) han tenido graves repercusiones en ellos, incluida la pérdida del empleo⁷.

Sin embargo, la subordinación específica de la relación de derecho laboral (especies de relaciones de derecho privado) no se asemeja⁸ a la que caracteriza la relación de derecho administrativo (especies de relaciones de derecho público), ya que esta última deriva de la calidad de uno de los sujetos, como portador de autoridad pública.

En las relaciones laborales, la persona que realiza la actividad se encuentra en desventaja debido a la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra, la mayor parte del tiempo, hacia el empleador. Por tanto, la relación laboral se denominó “relación jurídica con déficit democrático”, déficit que la ley buscaría corregir⁹.

La consecuencia de la subordinación, en cuanto al objeto y contenido de la relación laboral legal, es que el empleador determina el horario y lugar de empleo de su personal, teniendo el derecho de darle información general o detallada sobre las modalidades de realización de las tareas de servicio¹⁰.

El derecho laboral se refiere únicamente al trabajo subordinado o dependiente, caracterizado por una serie de criterios, inicialmente determinados doctrinalmente¹¹: primero, la existencia de subordinación o el hecho de que el empleado (el ejecutante) esté sujeto a las normas disciplinarias del empleador (beneficiario del trabajo) y realiza su actividad bajo su supervisión, en el lugar de trabajo indicado y en cumplimiento del horario de trabajo. El trabajo debe ser realizado personalmente por el empleado, quien no puede sustituir a otras personas en la ejecución del contrato.

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea¹² en el artículo 45 (antiguo artículo 39) establece que el trabajador subordinado en el sentido de este artículo y en relación a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, es un trabajador que realiza una actividad real y efectiva¹³.

La subordinación, elemento definitorio para determinar la existencia de un contrato de trabajo individual y la aplicación del régimen legal correspondiente, se encuentra, además del derecho ru-

7 Goia C., *Autocrația din cadrul relațiilor de muncă*, www.juridice.ro, consultado el 17 de diciembre de 2019.

8 Genoiu I., *Raportul juridic*, Ed. All Beck, București, 2007, p.49-50.

9 Dimitriu R., *Perspective privind obiectul dreptului muncii și delimitarea acestuia de alte ramuri de drept*, *Dreptul* nr. 3/2014, p. 105.

10 Țiclea A., *Tratat privind încetarea raporturilor de muncă – Legislație. Doctrină. Jurisprudență*, Ed. Universul Juridic, București, 2018, p. 10.

11 Roșioru F., *Trăsăturile definitorii ale contractului individual de muncă*, *SUBB Iurisprudentia* nr. 4/2016, p. 27.

12 Publicada en el *Diario Oficial* n° 115 de 09/05/2008 p. 0065 – 0066.

13 Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de junio de 1988, - Sylvie Lair contra Universitaet Hannover. Asunto 39/86. ECLI:EU:C:1988:322.

mano, al menos en Francia, Italia, España, Portugal, Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Grecia y Luxemburgo¹⁴.

En el derecho francés, la subordinación es más que un simple criterio del contrato de trabajo individual, siendo su “alma”¹⁵, el elemento constante, decisivo y flexible que indica la existencia de una relación laboral subordinada¹⁶. Los aspectos fácticos - indicios de subordinación se han establecido jurisprudencialmente, porque el contrato de trabajo individual no se beneficia de una definición legal.

En el derecho portugués, la subordinación es un elemento personal, subjetivo, íntimo relacionado con quien realiza el trabajo y está sujeto a las prerrogativas organizativas, normativas y de control de otra persona¹⁷. Otro criterio utilizado está relacionado con el hecho de que el beneficiario de la autoridad, el empleador es quien proporciona la base material, las herramientas necesarias para el desempeño del trabajo por parte de los empleados, asumiendo el riesgo de la actividad realizada. Este criterio se utiliza en particular en el Common Law, en una de las “pruebas” que utiliza el juez nacional para verificar la existencia de una relación laboral dependiente y la condición de empleado (la prueba de la “realidad económica”).

En el Reino Unido, la jurisprudencia ha ampliado los “tests” (criterios) utilizados para tal fin, utilizando ahora el test de control, integración, realidad económica y reciprocidad de obligaciones¹⁸. La simple subordinación (administrativa, por ejemplo) no es suficiente en algunos países europeos, combinándose este criterio con el hecho de que la persona que realiza el trabajo se integra y pasa a formar parte de un grupo de empleados dentro del empleador. Este es particularmente el caso de Italia, la existencia de la relación de subordinación implica la verificación de la especificidad de la actividad del trabajador en relación con el objeto de actividad del empleador y el grado de concordancia entre el desempeño del trabajador y las necesidades de la empresa¹⁹. Como elemento común, por el trabajo realizado, con carácter sucesivo, el empleado tiene derecho al pago (periódicamente) de un salario.

Se consideró²⁰ que la definición más completa de empleado la proporciona el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, que representa a la persona que se compromete a trabajar, a cambio de una remuneración, en nombre y en beneficio de otra persona, en el marco organizativo y bajo la

14 Nogler L, *The concept of «subordination» in European and comparative law*, Quaderni del Dipartimento, Università degli Studi di Trento, 2009, p. 21-49; Marimpietri I, *Il lavoro subordinato*, in Antonio Vallebona (a cura di), *I contratti di lavoro*, Tomo primo, Utet, Torino, 2009, p. 25.

15 Favenc-Henry Fr., Verkindt P.-Y., *Droit du travail*, L.G.D.J., Paris, 2011, p. 392

16 Mazeaud A., *Droit du travail*, Ed. Montchrestien, Paris, 2004, p. 273.

17 Rosário Palma Ramalho M, *Direito do trabalho*, Parte I, 2a ed., Almedina, Coimbra, 2009, p. 23-24.

18 Daly B, Doherty M, *Principles of Irish Employment Law*, Clarus Press, Dublin, 2010, p. 44 – 45.

19 Mazzotta O., *Diritto del lavoro*, Ed. Giuffrè, Milano, 2005, p. 48 – 49.

20 Roșioru F, *Trăsăturile definitorii ale contractului individual de muncă, art, cit*, p. 28.

dirección de otra persona o entidad, denominada el empleador²¹. Los cinco elementos definatorios del contrato de trabajo individual serían: que el trabajo sea realizado por la persona que lo realiza (voluntariedad), a nombre y en beneficio de otra persona (ajenidad), que el trabajo se realice personalmente (personalidad) y sea remunerado (remunerabilidad).), el empleado está subordinado (dependiente) a su empleador.

Se señaló que “la existencia de la subordinación jurídica del empleado produce efectos profundamente específicos, inexistentes en el caso de cualquier relación jurídica civil que implique, en su ejecución, el desempeño del trabajo. Entonces:

- por regla general, el empleado está integrado en un equipo, caracterizado por una determinada estructura organizativa (establecida por la organización y el reglamento de funcionamiento), en una jerarquía funcional preestablecida;
- el empleador tiene un poder legal complejo de dirección, organización y control; establece el lugar de trabajo y el horario de trabajo del empleado y tiene derecho a darle órdenes de trabajo obligatorias;
- el empleado no realiza su actividad de forma autónoma, como en una relación jurídica civil, está obligado a cumplir con las opciones del empleador, sin poder negarse a realizar sus funciones o las instrucciones del empleador con respecto a la ejecución del trabajo, aunque ser inapropiado;
- una de las partes —el empleador— tiene potestad disciplinaria como consecuencia, en caso de incumplimiento, por parte del empleado, de las obligaciones de servicio. puede sancionarle disciplinariamente, según las normas relacionadas.

Es la única categoría de relación jurídica en la que una parte puede sancionar a la otra, de manera específica o disciplinaria, en caso de incumplimiento culposo de sus obligaciones;

- la existencia de relaciones laborales legales individuales puede ser la base del nacimiento - mediante la celebración de convenios colectivos de trabajo o relaciones laborales colectivas legales;
- el régimen legal para la terminación unilateral del contrato de trabajo individual (e, implícitamente, para la terminación de la relación laboral legal) es sustancialmente diferente de las regulaciones del Código Civil sobre la terminación de los contratos civiles; El empleador podrá rescindir el contrato sólo en los casos, los límites son las condiciones que establece la ley, y el empleado podrá rescindir el contrato en cualquier momento, en cualquier caso, por renuncia, sin obligación de motivarlo.

21 Montoya Melgar A., *Derecho del trabajo*, 24ª ed., Ed. Technos, Madrid, 2004, p. 35-39.

Sin embargo, en el caso de contratos civiles, ambas partes pueden rescindir el contrato simétrico, en condiciones totalmente iguales;

- se particularizan las relaciones laborales jurídicas y por ello como ex lege una de las partes —el empleado— se beneficia de una protección adicional específica, inexistente en el caso de las partes de la relación jurídica civil”²².

Se ha afirmado en la doctrina que “un contrato de trabajo individual se caracteriza decisivamente por la relación estable de subordinación entre las partes, que lo distingue del contrato civil. La relación laboral no es una relación jurídica concluida entre dos iguales; por el contrario, es un contrato caracterizado por un déficit democrático que sólo la intervención legislativa puede limitar, restableciendo, incluso en parte, el equilibrio entre las partes contratantes”²³.

La particularidad fundamental de la relación laboral legal „es la de subordinar a la persona que realiza el trabajo a su empleador, a cambio de una remuneración (salario). Es una relación de dependencia legal de una parte de la relación laboral legal con la otra parte de la misma. Entre otras cosas, como consecuencia de esta subordinación, el empleado no asume el riesgo del contrato, aunque sea deudor de la obligación imposible de ejecutar. Esta subordinación se excluye en el caso de la relación jurídica civil que se caracteriza por la igualdad jurídica de las partes tanto en el nacimiento como durante la ejecución de esta relación (civil). Una dimensión propia de la relación laboral jurídica es que la existencia de subordinación atenúa la manifestación de un poder disciplinario a favor de aquel para quien se realiza el trabajo (del empleador). El incumplimiento por parte del empleado de sus funciones o en relación con el trabajo abre la posibilidad de que el empleador aplique una sanción disciplinaria al Código de Trabajo, mientras que en un informe judicial civil la aplicación por una parte de una sanción disciplinaria a la otra en caso se excluye el incumplimiento de las obligaciones contractuales”²⁴.

Se argumenta²⁵ que no se puede hablar de autoritarismo o dominación en tal informe, porque el insatisfecho es libre de dejarlo.

También se dijo que “existe también una dependencia económica del empleado que es, conceptualmente, algo más que su subordinación legal. La dependencia económica es un estado de inferioridad, una brecha, es decir, una falta de autonomía, un condicionamiento existente en una relación de carácter económico, en la que el trabajador se encuentra con su patrón. Está claro que el salario es una condición económica, una dependencia del trabajador del empleador”.²⁶

22 Ștefănescu I.T., *Din nou despre autonomia dreptului muncii*, Dreptul nr. 11/2015, p.128-129.

23 Dimitriu R., *Recalificarea unui contract civil ca având natura juridică a unui contract de muncă*, Dreptul nr. 8/2018, p. 63.

24 Ștefănescu I.T., *Considerații referitoare la autonomia dreptului muncii*, Dreptul nr. 11/2015, p. 115.

25 Anderson E., *op. cit.* p. 55.

26 Ștefănescu I.T., *Trăsăturile specifice esențiale ale contractului individual de muncă și autonomia dreptului muncii*, art. cit., p. 29.

También se dijo que una de las soluciones para contrarrestar tal situación sería que el Estado y sus estructuras especializadas deben tener un grado mucho mayor de participación en la regulación del mercado laboral, facilitando un diálogo a través del cual los empleados puedan realmente tener voz. decir en términos de organización del trabajo²⁷.

La relación laboral implica, entre otras cosas, una relación de subordinación entre el empleado y su empleador, y este último tiene derecho a organizar su actividad, a establecer los deberes de los empleados, a hacer disposiciones obligatorias para ellos, pero también a verificar cómo su cumplimiento y aplicar sanciones, sin exceder el marco legal. Este informe de subordinación tiene, por tanto, un límite, el que imponen las disposiciones legales, siendo evidente la necesidad de una regulación estricta al respecto. Así, en la Constitución rumana, entre los valores supremos enumerados se encuentra la dignidad del hombre, sus derechos y libertades, pero también el libre desarrollo de la personalidad humana.

Cabe señalar que algunos ordenamientos jurídicos también han incluido en el ámbito de la regulación expresa la categoría intermedia de trabajo semi-dependiente (parasubordinado)²⁸. Son personas que formalmente celebran un contrato civil, pero que generan el mismo tipo de dependencia económica que caracteriza al contrato de trabajo. Se tiene en cuenta la hipótesis en la que el trabajador no se encuentra de hecho, en la negociación del contrato, en base a la igualdad jurídica en relación a aquel para quien trabaja, porque no tiene la posibilidad de elegir entre varios clientes. lo que le permitiría negociar libremente.

En muchos sistemas legales europeos, se consagra una regulación separada, a través de reglas especiales, para estas categorías de personas que, sin ser empleados, son tan vulnerables como empleados (como empleados). Según Italia o Alemania, esta categoría especial (trabajadores autónomos económicamente dependientes) ahora se considera en regulaciones separadas en España.

En Rumania, el empleador, según el art. 40 párr. 2 del Código del Trabajo, una serie de obligaciones, entre las cuales la: “de informar a los empleados sobre las condiciones de trabajo y sobre los elementos referentes al desarrollo de las relaciones laborales; velar permanentemente las condiciones técnicas y organizativas tenidas en cuenta en la elaboración de las normas de trabajo y las correspondientes condiciones laborales y comunicar periódicamente a los empleados la situación económica y financiera de la unidad, salvo información sensible o secreta, que, por divulgación, puedan perjudicar unidad”²⁹.

Según lo establecido por el Tribunal Constitucional³⁰, la comunicación de estos elementos es garantía de que el empleado no será sometido a una actitud abusiva del empleador y de que conocerá las condiciones exactas en las que se encuentra para desempeñar su trabajo.

27 Goia C, *loc. Cit.*

28 Dimitriu E, *Perspectivete privind obiectul dreptului muncii și delimitarea acestuia de alte ramuri de drept, art, cit, p. 110.*

29 Țop D., *op. cit*, p. 236.

30 Decisión 408/3012, publicada en el Boletín Oficial de Rumania, Parte I, no. 507 del 24 de julio de 2012.

Cabe señalar que la facultad del empleador de disponer temporalmente, mediante actos unilaterales de derecho laboral, deriva de la posición de subordinación legal del trabajador al empleador respectivo. Este no es el caso en el caso de una relación civil en la que las partes se encuentran en una posición de igualdad jurídica. En consecuencia, la ejecución de esta categoría de relaciones jurídicas no implica actos jurídicos de una de las partes en relación con el desempeño de la otra. Desde un punto de vista práctico, la relación laboral legal puede ejecutarse, al nivel natural de los requisitos del empleador, solo en las condiciones en las que la persona en cuestión —el empleador— dirige directamente el proceso de trabajo del empleado o (a través de actos jurídicos unilaterales). O, prohibir legalmente la revocación de tales actos jurídicos sería inconcebible, constituiría un impedimento en la vida. a través de la excelente dinámica de las relaciones laborales legales³¹.

Una situación especial es la cláusula de restricción del tiempo libre en el contrato individual de trabajo³², cláusula que está vinculada a la institución de “permanecer a disposición del empleador”, regulada por el artículo 2 punto 1 de la Directiva 2003/88 / CE que establece que El trabajador por su presencia en el trabajo para el cumplimiento de las obligaciones contractuales está también a disposición del empleador, aspecto también revelado en la legislación nacional. Así, según el artículo 10 del Código del Trabajo “el contrato de trabajo individual es el contrato bajo el cual , se compromete a realizar trabajos para y bajo la autoridad de un empleador, persona física o jurídica, a cambio de una remuneración denominada salario “.

Se consideró que el término “autoridad” significa ley, poder (sobre otro u otros), una prerrogativa reconocida exclusivamente al empleador encarnada en el poder de dirección, poder de control y poder disciplinario’. La subordinación jurídica está plenamente justificada dada que el empleado desarrolla su actividad en una unidad de su empleador, que utiliza sus medios de trabajo y que sin una adecuada organización y disciplina de trabajo no es posible una actividad eficiente; asimismo, el artículo 53 inciso 2 del Código del Trabajo. establece la obligación de los empleados de estar a disposición del empleador, durante la reducción y / o interrupción temporal de la actividad, teniendo el empleador en cualquier momento la posibilidad de ordenar la reanudación de la actividad. por culpa del empleador, ya sea por razones objetivas, ambas razones n siendo imputable a los empleados, razón por la cual el legislador estableció en su cometido la obligación de pagar a los empleados una indemnización pagada con cargo al fondo de sueldos, que no puede ser inferior al 75% del salario base correspondiente al puesto de trabajo ocupado salvo art. 52 párr. 3 C. de trabajo.

Los legisladores europeos y nacionales no definen la frase “estar a disposición del empleador” lo que permite diferentes interpretaciones, pudiendo considerarse que el empleado está a disposición del empleador cuando permaneció en la unidad o en casa, en la doctrina nacional expresando opiniones diferentes. respecto a la definición de esta institución”³³.

31 Ștefănescu I.T, *Revocarea de către angajator a actelor sale unilaterale*, Dreptul nr. 2/2015, p. 66

32 Țop D., *op. cit.*, p. 253.

33 Țichindelean M., *Considerații teoretice și practice privind clauza de mobilitate și clauza de restricție de timp*, Revista română de dreptul muncii, nr. 11/2016, p. 23.

Por otro lado, cabe señalar que una cláusula de exclusividad por la que el empleado se comprometería a no trabajar para ningún otro empleador (es decir, no poder combinar dos o más puestos) es una cláusula que no podría insertarse en el contrato de trabajo individual. Una visión contraria violaría el derecho constitucional al trabajo y el derecho a la libertad de trabajo³⁴.

La subordinación del empleado a su empleador excluía del plan el abuso de derechos por parte del empleador. A nivel internacional, la institución del abuso de derecho no está regulada, en general. Sin embargo, también se hacen algunas referencias al abuso de la ley en las normas especiales del derecho laboral internacional.

Tal regulación existe, por ejemplo, en el Convenio núm. 95/1949 sobre la protección del salario que establece medidas para la eliminación de prácticas abusivas en la materia³⁵. Proporciona en el art. 4 que, en los casos en que se permita el pago parcial en especie del salario, se tomarán las medidas oportunas para que: a) las prestaciones en especie beneficien personalmente al trabajador y su familia y sean acordes a sus intereses; b) que el valor de estos beneficios sea justo y razonable". El uso de la noción de "justo y razonable" implica la prohibición del abuso de derecho, porque sólo aplicando esta teoría se puede asegurar la observancia de tal norma internacional.

En la ley europea, el art. 54 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea³⁶ prohíbe expresamente el abuso de derechos, afirmando que "Nada en esta Carta se interpretará como que implica algún derecho a participar en cualquier actividad o realizar cualquier acto para destruir los derechos y libertades reconocidos por esta Carta o para lograr derechos y libertades más amplios que los establecidos en esta Carta"³⁷

Sin embargo, tal consagración jurídica de la institución del abuso de derecho no constituye un estremo en el panorama legislativo comunitario, porque el texto en cuestión representa una reanudación del art. 17 - Prohibición del abuso de derechos en la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales³⁸.

En materia de subordinación dentro de las relaciones laborales, el abuso de derecho no puede intervenir sobre aquellos derechos que el legislador deja a la apreciación exclusiva de una de las partes del contrato de trabajo, art. 54 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea³⁹ prohíbe expresamente el abuso de derechos, indicando que "ninguna de las disposiciones de esta Carta se interpretará en el sentido de que implique algún derecho a participar en cualquier activi-

34 Top D., *op. cit.*, p. 258.

35 Ținca O., *Despre cauza reala si serioasa ia concedierea pentru motive ce tin de persoana salariatului*, Revista de drept comercial, nr. 9/2005, p. 91-92.

36 *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, publicada en el Diario Oficial C 364 de 18.12.2006, p. 0001-0022.

37 Popescu A., Voiculescu N., *Drept social european*, Ed. Fundatiei România de Măine, București, 2004, p. 204.

38 Ținca O., *Drept social comunitar*, Ed. Lumina Lex, București, 2002, p.8-9.

39 Reeditado en el Diario Oficial C 83/389 de 30.03.2010, eur-lex.europa.eu ›LexUriServ

dad o realizar cualquier acto en contra de cualquiera de los derechos. y libertades reconocidas por esta Carta o para imponerles restricciones más amplias que las previstas en esta Carta”.

De ello se desprende que no es concebible que el derecho sea abusivo en sí mismo, sino que el ejercicio del mismo por parte del empleador. Así, son discrecionales para el empleador⁴⁰, por ejemplo: el derecho a decidir sobre la rotación y sobre el contenido de las reglas de organización y funcionamiento

El acoso moral en el lugar de trabajo es una forma de discriminación que consiste en la adopción de una conducta abusiva a largo plazo dirigida contra un empleado o un grupo de empleados. La conducta abusiva debe adoptarse de manera consciente y deliberada. Un acto puede calificarse de acoso moral en el trabajo sólo si se establece la existencia de un comportamiento, lenguaje, actos, gestos o documentos que tengan carácter repetitivo, que sean intencionales, en el sentido de que sean voluntarios y no accidentales. y que puedan dañar la personalidad, dignidad e integridad mental de un empleado, dañar su entorno laboral y / o afectar su carrera profesional. El acoso moral “puede tener lugar tanto horizontalmente (entre compañeros) como verticalmente (entre superior y subordinado). El acoso moral vertical se caracteriza por la actitud que genera un abuso de poder. El acoso moral en el trabajo también podría ser generado por una estrategia de gestión, en el sentido de que un empresario podría idear determinadas acciones destinadas a provocar la dimisión de determinados empleados”⁴¹

Se abandonó el concepto de empleado en favor del concepto de trabajador. Es un concepto mucho más amplio que incluye al empleado, pero también cubre otros tipos de acuerdos contractuales si implica el desempeño del trabajo. Este año se intentó consagrar el concepto de trabajador en una directiva (que, a modo de propuesta, preveía que fuera una persona que trabajaba para otra a cambio de una remuneración bajo su coordinación - ¡no subordinación legal!), Pero fracasó, no cumpliendo acordado por todos los Estados miembros. Por tanto, el trabajador debe seguir entendiéndose como un concepto derivado de las sentencias adoptadas en diversos casos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La subordinación legal se acepta como una noción disminuida en intensidad o incluso reemplazada por el término “coordinación” (el poder de quien en una relación laboral legal es consciente de lo que hay que hacer y lo pone en conocimiento del otro, que realiza el trabajo , objetivos a alcanzar). Es cierto que los nuevos arreglos contractuales que dan lugar a relaciones laborales legales otorgan al trabajador un estatus degradado frente al trabajador, es decir, un régimen precario. Por tanto, a juicio de la Unión Europea, es necesario adoptar medidas legales que garanticen al trabajador al menos parte de los derechos otorgados al trabajador, tales como la no discriminación, el respeto al tiempo máximo legal de trabajo, la seguridad y salud en el trabajo, la protección mediante negociación colectiva, seguro específico para el trabajador.

40 Pribac V, *Abuzul de drept și contractele de muncă*, editorial Wolters Kluwer, Bucarest, 2007, p. 60.

41 Muscalu L M, *Discriminarea în relațiile de muncă*, Ed Hamangiu, București, 2015, p.45.

Debido a su contenido perenne y estable, el contrato de trabajo individual tradicional y tradicional ha permanecido en la Unión Europea como la forma contractual dominante y principal de empleo a pesar de la proliferación de estos nuevos acuerdos contractuales. Partiendo de la definición básica, también podemos delinear el concepto de “trabajador estándar”, como trabajador a tiempo completo, empleado de lunes a viernes, de nueve a cinco, bajo contrato por tiempo indefinido, trabajando para una persona empleador y en una de las oficinas pertenecientes a este último. En esencia, esta forma de empleo prototipo para las relaciones laborales se caracteriza por un fuerte vínculo entre empleador y empleado, tanto en términos de lealtad al empleador como en términos de ejercer un control total de este último sobre el trabajo realmente realizado por el empleado. Muy atrapado en las anclas de estabilidad que conlleva el contrato de trabajo tradicional, en particular, el trabajador “estándar” asimila el modelo de empleo clásico con un nivel máximo de seguridad en términos de mantenimiento del empleo. En el contexto actual, sin embargo, esta percepción sobreestima el modelo tradicional de empleo y socava considerablemente su valor garante en el mantenimiento del empleo, siempre que, ante la crisis económica, las sucesivas reestructuraciones de empresas atraigan despidos diarios⁴².

Dado que la institución del abuso de derecho es una creación nacida en el ámbito del derecho privado precisamente teniendo en cuenta las especificidades de esta rama del derecho, la igualdad de las partes en esta materia, la aplicación de las normas del derecho laboral excluye cualquier ejercicio de un derecho en violación de los principios de desconocer la ley y la moral; de mala fe; exceder sus límites; desconocer la finalidad económica y social por la que fue reconocida)

La autocracia del trabajo no puede ignorar al empresario, como parte de la relación laboral, el ejercicio de sus derechos en condiciones donde se manifiesta un comportamiento abusivo.

REFERENCIAS

Anderson E., *Private Government: How Employers Rules Our Lives and Why We Don't Talk about It*, Princeton University Press, 2017.

Daly B, Doherty M, *Principles of Irish Employment Law*, Clarus Press, Dublin, 2010.

Dima L., *Dreptul muncii. Curs universitar*, Ed CHBeck, București, 2017.

Dimitriu R, *Perspective privind obiectul dreptului muncii și delimitarea acestuia de alte ramuri de drept*, Dreptul nr. 3/2014.

Dimitriu R., *Recalificarea unui contract civil ca având natura juridică a unui contract de muncă*, Dreptul nr. 8/2018.

Favenec-Henry Fr., Verkindt P.-Y., *Droit du travail*, L.G.D.J., Paris, 2011.

Genoiu I., *Raportul juridic*, Ed. All Beck, București, 2007.

⁴² Marica M. E., *Contracte de muncă atipice*, Ed. Universul Juridic, București, 2019, p.36

LÍMITES DE SUBORDINACIÓN DEL EMPLEADO AL EMPLEADOR Y AUTOCRACIA LABORAL

Goia C., *Autocrația din cadrul relațiilor de muncă*, www.juridice.ro, consultado el 17 de diciembre de 2019.

Marica M.E., *Contracte de muncă atipice*, Ed. Universul Juridic, București, 2019.

Mazeaud A., *Droit du travail*, Ed. Montchrestien, Paris, 2004.

Mazzotta O., *Diritto del lavoro*, Ed. Giuffrè, Milano, 2005.

Montoya Melgar A., *Derecho del trabajo*, 24ª ed., Ed. Technos, Madrid, 2004.

Muscalu L M., *Discriminarea în relațiile de muncă*, Ed Hamangiu, București, 2015.

Popescu A., Voiculescu N., *Drept social european*, Ed. Fundatiei România de Măine, București, 2004.

Pribac V., *Abuzul de drept și contractele de muncă*, editorial Wolters Kluwer, Bucarest, 2007.

Rosário Palma Ramalho M., *Direito do trabalho*, Parte I, 2a ed., Almedina, Coimbra, 2009.

Roșioru F., *Trăsăturile definitorii ale contractului individual de muncă*, SUBB Iurisprudentia nr. 4/2016.

Segneanu A., *Răspunderea penală în dreptul muncii. Legislația penală cu aplicare în sfera dreptului muncii*. Revista română de dreptul muncii, nr. 4/2020.

Ștefănescu I.T., *Trăsăturile specifice esențiale ale contractului individual de muncă și autonomia dreptului muncii*, Revista română de dreptul muncii, nr. 4/2018.

Ștefănescu I.T., *Din nou despre autonomia dreptului muncii*, Dreptul nr. 11/2015.

Ștefănescu I.T., *Revocarea de către angajator a actelor sale unilaterale*, Dreptul nr. 2/2015.

Ștefănescu I.T., *Considerații referitoare la autonomia dreptului muncii*, Dreptul nr. 11/2015.

Țichindelean M., *Considerații teoretice și practice privind clauza de mobilitate și clauza de restricție de timp*, Revista română de dreptul muncii, nr. 11/2016.

Țiclea A., *Tratat privind încetarea raporturilor de muncă – Legislație. Doctrină. Jurisprudență*, Ed. Universul Juridic, București, 2018.

Țiclea A., Georgescu L., *Dreptul muncii*, Ed Universal Juridic, București, 2019.

Ținca O., *Drept social comunitar*, Ed. Lumina Lex, București, 2002.

Ținca O., *Despre cauza reala și serioasa în concedierea pentru motive ce tin de persoana salariatului*, Revista de drept comercial, nr. 9/2005.

Țop D., *Tratat de dreptul muncii*, Ed. Mustang, București, 2018.

Decisión 408/3012, publicada en el Boletín Oficial de Rumania, Parte I, no. 507 del 24 de julio de 2012.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, publicada en el Diario Oficial C 364 de 18.12.2006, p. 0001-0022.

LA INVIABILIDAD DE CONCILIAR ESTUDIOS DOCTORALES MEDIANTE EL ART. 23 DEL ET Y EL PERMISO INDIVIDUAL DE FORMACIÓN

THE INVIABILITY OF CONCILIATING DOCTORAL STUDIES THROUGH ART. 23 ET AND THE INDIVIDUAL TRAINING PERMIT

Víctor Ribes Moreno

Doctor en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

vribes@cograsova.es

Recepción de trabajo: 09-02-2021 - Aceptación: 23-03-2021

- 1. INTRODUCCIÓN. ■ 2. EL ARTÍCULO 23 DEL ET. 2.1. Permiso para concurrir a exámenes. 2.2. Preferencia para elegir turno de trabajo. 2.3. Preferencia para acceder al trabajo a distancia. 2.4. Adaptación de la jornada ordinaria de trabajo para la asistencia a cursos de formación profesional. 2.5. La concesión de los permisos oportunos de formación o perfeccionamiento profesional con reserva de puesto de trabajo. 2.6. La formación necesaria para adaptarse a las modificaciones en el puesto de trabajo. 2.7. Permiso de veinte horas anuales de formación profesional para el empleo. ■ 3. EL PERMISO INDIVIDUAL DE FORMACIÓN. ■ 4. PERMISOS PARA LOS ESTUDIOS DE DOCTORADO EN EUROPA. 4.1. Bulgaria. 4.2. Polonia. 4.3. Italia. 4.4. Austria. ■ 5. CONCLUSIONES. ■ 6. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

El conocimiento científico es la clave para que un país desarrollado pueda competir económicamente con otros. Por este motivo, es fundamental incentivar la producción científica entre los trabajadores por cuenta ajena que tengan vocación por la investigación, ya que cuentan con una valiosa experiencia profesional.

Afortunadamente, la tendencia actual de matriculaciones en cursos de doctorado está en auge, pero ante la imposibilidad de cubrir las nuevas matriculaciones con becas FPI o FPU y la inviabilidad de conciliar estudios doctorales mediante el art. 23 del ET y el PIF, nos encontramos ante una situación de doctorandos que deben conciliar investigación con trabajo por cuenta ajena. Acción que en la mayoría de los casos termina desmotivando y por tanto, en abandono.

En este estudio, analizaremos las claves de tal inviabilidad y propondremos soluciones basadas en las normativas de países de nuestro entorno que han hecho posible la conciliación de estudios doctorales y trabajo por cuenta ajena.

PALABRAS CLAVE: permisos para la formación, estudios doctorales, compaginar estudio y trabajo.

ABSTRACT

Scientific knowledge is the key for a developed country to compete economically against other states. For this reason, it's essential to encourage scientific production among employed workers who have a vocation for research, since they have valuable professional experience.

Fortunately, the current trend of enrollment in doctoral studies is rising and this entails a serious conciliation problem among the study group, given the impossibility of covering new enrollments with scholarships and reconciling doctoral studies through art. 23 of the ET and the PIF, we are faced with a situation of doctoral students who must combine their research work with a job. Action that in most cases ends up demotivating the doctoral student.

In this research, we will analyze the keys to such infeasibility and we'll propose solutions based on the regulations of other European countries that have made it possible to combine doctoral studies and work.

KEYWORDS: educational permit, doctoral studies, combine study and work.

1. INTRODUCCIÓN

Escribir una tesis doctoral es una ardua tarea que absorbe gran parte de la vida personal del doctorando, especialmente si debe compaginarlo con un trabajo por cuenta ajena ya que requiere de un esfuerzo extra para llevar a cabo la investigación¹. Este será el colectivo objeto de estudio en este artículo y al que nos referiremos como “trabajador doctorando”.

Para tratar de explicar la problemática expuesta atendemos a dos estadísticas: las matriculaciones totales en cursos de doctorado y el total de tesis leídas, tomando como periodos de referencia desde el año 2014 a 2020.

	2014/2015	2015/2016	2016/2017	2017/2018	2018/2019	2019/2020
Nº de matriculados	28.546	55.628	71.548	85.480	90.755	89.353

	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Nº de tesis leídas	11.316	14.694	20.049	17.286	8.483	10.165

*Datos extraídos de los diferentes reportes anuales de “Datos y cifras del Sistema Universitario español”².

Como podemos observar la tendencia de nuevas matrículas en cursos de doctorado va en aumento, mientras que el total de tesis leídas se mantienen ligeramente inferior a las cifras de 2014, con la excepción de los años 2016 y 2017 cuyo incremento se explica en gran parte por la extinción que regula los estudios de doctorado anterior a la entrada en vigor del RD 99/2011.

La alta tasa de abandono de estudios doctorales puede ser explicada – en su mayoría - por la falta de políticas de conciliación específicas para investigar, pero sin obviar tampoco los problemas que presenta nuestra cultura laboral: largas jornadas de trabajo, horarios partidos con pausas para la comida de excesiva duración, iniciar la jornada laboral más tarde con relación a otros países de la UE, dificultades para conciliar familia y trabajo³, entre otros.

Por esta razón, los permisos de formación se convierten en un instrumento indispensable en la creación de conocimiento científico, que no obstante y como expondremos a continuación, son prácticamente inefectivos en el caso del trabajador doctorando. Exponer dichos problemas y anali-

1 Nos referimos al trabajo adicional para investigar, acudir a la biblioteca, tutorías con el director, asistir a un curso de la escuela de doctorado, congresos, leer bibliografía, escritura de la tesis, etc.

2 Los datos pueden consultarse en el siguiente enlace: <https://www.educacionyfp.gob.es/servicios-al-ciudadano/estadisticas/indicadores-publicaciones-sintesis/datos-cifras-sistema-universitario.html> Fecha de visita 24 de noviembre de 2020.

3 Según los reportes citados es que para el curso 2018/2019 el 26,90% de nuevas matrículas eran de mayores de 40 años, cifra que asciende al 29,40% en el curso 2017/2018.

zar cómo han legislado los permisos para el estudio en otros países comunitarios y proponer algunas soluciones son el objeto principal de este estudio.

2. EL ARTÍCULO 23 DEL ET

En primer lugar, debemos apuntar que el artículo se denomina “Promoción y formación profesional en el trabajo” cuando el contenido de este se basa en una serie de derechos y permisos orientados a la conciliación entre trabajo y estudios, sin que haya una mención directa a la promoción. Sobre este aspecto, aclara GARCÍA MURCIA que a pesar de que el vínculo no se encuentra explícitamente mencionado en la norma, éste se produce en el momento en que la formación se convierte en requisito indispensable para la promoción en el ámbito laboral⁴. En esta definición es donde nos detendremos para analizar la relación entre el concepto de promoción, los sistemas de clasificación profesional y las características especiales de formación del trabajador doctorando.

La promoción o ascensos regulados en el art. 24 del ET literalmente indican que “los ascensos dentro del sistema de clasificación profesional se producirán conforme a lo que se establezca en convenio o, en su defecto, en acuerdo colectivo entre la empresa y los representantes de los trabajadores”, entendiéndose como tal, el avance a un grupo o categoría profesional superior dentro del sistema de clasificación profesional regulado en el art. 22 ET⁵. Pues bien, si tenemos en cuenta que por lo general, las categorías y niveles más elevados en un convenio colectivo estatutario son aquellos que requieren de la titulación de grado o máster, y sin que se prevean categorías o niveles que requieran el título de doctor. Podríamos *a priori* afirmar que se produce una desvirtuación de la finalidad del art. 23 respecto a buscar la promoción a través de la formación profesional y por lo tanto, dicho artículo no sería el adecuado para satisfacer las necesidades de conciliación del trabajador doctorando.

Para resolver esta cuestión, LÁZARO SÁNCHEZ afirma que la finalidad del legislador en el art. 24 no debe restringirse solamente a los ascensos mediante categorías o niveles establecidos en convenio colectivo, sino que debe visualizarse desde una perspectiva más expansiva, entendiéndose la promoción como el ascenso en la estructura de los niveles internos de la empresa⁶, remitiendo en todo caso a la negociación colectiva los requisitos necesarios para llevar a cabo tal promoción. Por otra parte y en cuanto a la compensación económica propia del ascenso, el art. 25 del ET estipula que “el trabajador, en función del trabajo desarrollado, podrá tener derecho a una promoción

4 Véase García Murcia, J., «La promoción profesional del trabajo», en Martín Jiménez, R. (Coord.) y Sempere Navarro, A. V. (Coord.) *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Subdirección General de Publicaciones, 2003, pp. 528 – 546.

5 Que a su vez conlleve un mayor grado de responsabilidad.

6 Lázaro Sánchez, J. L., «Artículo 24, Ascensos», en Del Rey Guanter, S., (Dir.), *Estatuto de los Trabajadores. Comentado y con Jurisprudencia*, La Ley, 2007, p. 477.

económica en los términos fijados en convenio colectivo o contrato individual". Teniendo en cuenta que la promoción será al margen del convenio colectivo, el aumento salarial tendrá que negociarse entre trabajador y empresario. En resumen, el objetivo del art. 23 no solamente es proveer los mecanismos de conciliación para que el trabajador pueda formarse y ascender a través del convenio colectivo estatutario, sino también en la estructura interna de la empresa.

Visto el encaje y la adecuación de este colectivo en el art. 23, seguidamente vamos a analizar las especialidades exclusivas que afecten al trabajador doctorando respecto a políticas de conciliación y obviando otros aspectos como son la retribución, duración de los permisos y otras características generales que mayoritariamente quedan supeditados a lo establecido en la negociación colectiva o pacto individual y que ya han sido estudiados en profundidad por la doctrina.

2.1 Permiso para concurrir a exámenes

El primer permiso que otorga el art. 23 en su apartado a) es "*al disfrute de los permisos necesarios para concurrir a exámenes [...] cuando curse con regularidad estudios para la obtención de un título académico o profesional*". Escueta frase nada esclarecedora respecto a qué tipo de exámenes se refiere, consideraciones sobre la oficialidad del título, la duración, límites... cuestión que ha derivado en multitud de interpretaciones⁷.

Respecto a la relación de este permiso con el colectivo a estudio, a efectos prácticos es de escasa relevancia debido a que un programa de doctorado no hay exámenes, por lo que no resultaría de aplicación este precepto tal y como está articulado. No obstante, podemos encontrar un supuesto que podemos equiparar a un examen: la lectura de la tesis doctoral, pues no debemos obviar que es un trámite obligatorio para obtener el grado de doctor y además el tribunal va a puntuar la investigación. Partiendo de esta premisa, la materia podría ser objeto de debate sobre si procede conceder el permiso o no.

Para encontrar una respuesta acudimos a primeramente a SÁNCHEZ TRIGUEROS quién mencionaba que la escueta redacción del art. 23 deriva en una amplia interpretación de la norma y de la palabra "examen", incluyendo múltiples supuestos dudosos como un examen parcial, final, oral, escrito, de evaluación continua, entre otros⁸. En relación, GARCÍA MURCIA también indica que debe considerarse el derecho para concurrir a examen como una herramienta que responde al derecho a la formación y promoción del trabajador tanto profesional como socialmente⁹. Por esta razón,

7 Para un estudio en profundidad y actual sobre el permiso a concurrir a exámenes en el que se pueda hallar respuesta a las cuestiones planteadas véase Requena Montes, O., *Formación profesional continua y prestación del trabajo: el artículo 23 del Estatuto de los Trabajadores como mecanismo de conciliación*. Tesis doctoral dirigida por Fernando Fita Ortega y Ángel Blasco Pellicer, Universidad de Valencia, 2019, pp. 395 – 419.

8 Sánchez Trigueros, C., *Los permisos retribuidos del trabajador (régimen jurídico de las interrupciones no periódicas, preavisadas y justificadas del contrato de trabajo)*, Aranzadi, 1999, p. 209.

9 García Murcia, J., «La promoción profesional del trabajo», cit. p. 544.

REQUENA MONTES sentencia que “se debe comenzar acotando el ámbito de aplicación empleando como criterio principal aquel referido a los efectos derivados de la superación del examen, de manera que únicamente se entiendan incluidos aquellos que pueden favorecer la promoción profesional o personal”¹⁰.

Entendemos, por lo tanto, que el acto de la lectura de una tesis doctoral entraría dentro de la amplia interpretación del art. 23 procediendo la concesión del permiso.

2.2 Preferencia a elegir turno de trabajo

La segunda política de conciliación del art. 23. a) es la preferencia para elegir turno de trabajo cuando este sea el régimen instaurado en la empresa. Primeramente remarcar que este precepto también ha sido objeto de estudio en profundidad: eficacia temporal, concepto de “turno de trabajo”, como abordar los turnos rotativos, la posibilidad de variar turno un solo día, casos de negación por parte de la empresa o en general, las diversas problemáticas relacionadas con la formación¹¹.

En segundo lugar, debemos establecer cuál es la finalidad que persigue este precepto, siendo no otro que adecuar el tiempo de trabajo a las exigencias educativas que permitan compaginar estudios y trabajo¹², permitiéndose en tanto, que el empleado elija el turno de trabajo que mejor le convenga para asistir a clase, tutorías, etc. No obstante, la controversia resulta evidente: hay que aclarar si es posible que el trabajador doctorando pueda elegir turno de trabajo cuando no existen clases presenciales.

Una solución al problema planteado la encontramos en la STSJ del País Vasco de 19 de septiembre de 2000¹³. En este supuesto una trabajadora que cursaba estudios en la UNED solicita la elección de turno de trabajo para poder compaginar sus estudios de Derecho, concretamente la asistencia a las tutorías. Petición que fue denegada por la empresa y por lo que la trabajadora interpuso la correspondiente demanda que a su vez fue denegada en primera instancia.

Será el TSJ quién finalmente falle a favor de la trabajadora valorando la especial relevancia de las tutorías —y en general, el contacto con el profesor— que si bien reconoce el tribunal en ocasiones pueden ser escasas, indica que “no se le puede mermar de su posibilidad de acceso”, por lo que entraría dentro del amparo del art. 23 del ET. Interesante recalcar que el tribunal también valora el

¹⁰ Requena Montes, O., cit. p. 400.

¹¹ Véase Carcelén García, J., *El sistema de trabajo a turnos y su problemática*, Madrid, Fundación Confemetal, 2000, pp. 310 y ss. Así como la STSJ de La Rioja de 8 de octubre de 2015, ID CENDOJ: 26089340012015100291 o la STS de 6 de julio de 2006, ID CENDOJ: 28079140012006100793.

¹² Prados de Reyes, F. J., «Las conexiones de la formación profesional y el contrato de trabajo», en Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F. y Martín Valverde, A. (Coord.), *Contrato de trabajo y formación profesional: consecuencias laborales y sociales de la integración de España en la Comunidad Europea*, V Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, celebradas en Sevilla, 15 y 16 de diciembre de 1986, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987, p. 132.

¹³ ID CENDOJ: 48020340012000101219.

acceso que pueda hacer la trabajadora al acceso presencial a la biblioteca de la universidad como herramienta para progresar en los estudios.

Entendemos que este supuesto podría extrapolarse al colectivo de estudio, en el que el contacto con el director de tesis y la asistencia a los materiales de la biblioteca son cruciales para poder llevar una investigación a buen puerto, lo que justificaría la concesión del permiso. No obstante, también somos conscientes de que esta sentencia fue dictada en el año 2000 y el acceso a internet estaba tan presente en la vida diaria, por lo que una actualización de esta sentencia teniendo en cuenta el impacto del correo electrónico y de otros medios de comunicación más directos, junto al acceso 24 horas mediante VPN a los materiales digitales de la biblioteca podrían inclinar la balanza hacia la denegación de la elección del turno de trabajo.

2.3 Preferencia para acceder al trabajo a distancia

La pandemia de coronavirus ha digitalizado el sistema productivo español, implantándose la modalidad de teletrabajo en porcentaje nunca visto anteriormente¹⁴. Por este motivo y ante la necesidad de regular aspectos que quedaban fuera del alcance del ET surge el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, que entre sus novedades incluye la modificación del art. 23. 1. a) para introducir la preferencia a elegir el trabajo a distancia si tal es el régimen instaurado en la empresa.

Primeramente debemos anotar que el RDL no menciona explícitamente cual es la finalidad perseguida con la preferencia al acceso al trabajo a distancia —a diferencia de elegir turno de trabajo que era compaginar la asistencia presencial a las clases con el trabajo—, aunque haciendo una lectura del preámbulo podemos deducir es meramente un instrumento sanitario de prevención contra el contagio¹⁵.

En segundo lugar y respecto a las causas que deben concurrir su solicitud, el hecho de que tanto la preferencia a elegir turno de trabajo como acceder al trabajo a distancia estén mencionados en la misma frase del mismo apartado del art. 23 hace entender que sólo pueda solicitarse si concurren causas similares a la preferencia para elegir turno de trabajo. Sin embargo, en nuestra opinión no sería necesario el requisito de cursar estudios presenciales para solicitar el teletrabajo, debido a que estamos ante una medida sanitaria cuya finalidad es evitar los desplazamientos desde el centro de trabajo a las instalaciones de la universidad —biblioteca, tutorías, etc.— y de este modo, prevenir potenciales contagios. En conclusión, solamente bastaría con cursar los estudios de doctorado y que el teletrabajo sea la modalidad instaurada en la empresa para pedir su solicitud,

¹⁴ Concretamente pasamos del 4,8% en 2019 al 34% a finales de abril de 2020 según los datos del del Instituto Valenciano de Investigaciones Económicas, sobre la base de encuestas y datos del INE.

¹⁵ Literalmente la norma indica que *"la crisis sanitaria ha hecho que el trabajo a distancia se mostrara como el mecanismo más eficaz para asegurar el mantenimiento de la actividad durante la pandemia y para garantizar la prevención frente al contagio."*

Para finalizar, debemos mencionar que estamos ante una medida de nueva aplicación y que aún está siendo objeto de estudio por la doctrina y que obviamente, tampoco ha llegado a ser objeto de debate en un tribunal. No obstante, nos hace preguntarnos si en un futuro cuando la pandemia del coronavirus haya terminado, si sería posible justificar la preferencia al teletrabajo del trabajador doctorando sin que haya clases presenciales y por tanto, la pertinencia de conceder este mecanismo de conciliación.

2.4 Adaptación de la jornada ordinaria de trabajo para la asistencia a cursos de formación profesional

El art. 23. b) reconoce el derecho a adaptar la jornada ordinaria de trabajo para la asistencia de cursos de formación profesional. De nuevo, una vaga descripción de un derecho que vuelve a sembrar dudas respecto a qué se está realmente protegiendo o qué se entiende por adaptación de la jornada o si la asistencia al curso de formación profesional debe ser motivado por el empresario, si debe estar relacionado con la actividad del puesto de trabajo, lugar donde debe impartirse, etc.¹⁶.

Un punto de partida para conocer la finalidad de la adaptación de la jornada es la STSJ de Castilla La Mancha de 30 de julio de 2004¹⁷ en la que literalmente indica que es “*hacer viable el esfuerzo formativo realizado por el trabajador, compatibilizándolo con el desempeño del trabajo*”. A lo que GARCÍA MURCIA añade también el interés del empresario para que el trabajador asista a los cursos, pues de este modo, contará con mayor especialización e indirectamente repercutirá en la prestación del trabajo¹⁸.

Respecto a la relación de este mecanismo de conciliación con la materia objeto de estudio, cabe preguntarse si dentro del concepto de “curso de formación” cabría incluir las actividades propias que engloba un programa de doctorado como son la asistencia a congresos, cursos, presentaciones, seminarios, actividades formativas... y por tanto, pudiendo el trabajador doctorando hacer uso de la adaptación de la jornada para asistir.

Para solventar esta cuestión acudimos de nuevo a GARCÍA MURCIA quién afirma que por cursos de formación cabe también incluir los ejemplos citados en el párrafo anterior¹⁹. De este modo, entendemos que el trabajador doctorando sí que podría justificar en base a este precepto la adaptación de la jornada para asistir a las actividades organizadas en el programa de doctorado e incluso a otras que estén relacionadas con el objeto de la tesis que esté desarrollando.

16 Sobre estas cuestiones véase García Murcia, J., «El derecho a la promoción y a la formación profesional en el trabajo», en Borrajo Dacruz, E. (Dir.), *Comentarios a las Leyes Laborales: El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo V, EDESA, 1985, pp. 233 y ss, Lleó Casanova, B., *La formación profesional en la relación jurídico-laboral*, Tesis Doctoral dirigida por Tomas Sala Franco, Universidad de Valencia, 2011, pp. 538 – 546 o véase el capítulo de Blázquez Agudo, E. M., «El derecho a la formación para el empleo: el art. 23 ET», en *El sistema de formación profesional para el empleo: hacia la creación de un derecho laboral*, Aranzadi, 2012.

17 ID CENDOJ: 02003340012004101146.

18 García Murcia, J., «El derecho a la promoción y a la formación profesional en el trabajo», cit. p. 233.

19 *Ibid.* p. 251.

En segundo lugar, debemos analizar otro de los aspectos que más controversia suscitan en la adaptación de la jornada: determinar si el derecho puede ejercerse para asistir a cualquier curso de formación, esté o no relacionado con la actividad laboral del trabajador. Sobre este aspecto, podemos encontrar en la doctrina opiniones encontradas. Por una parte, hay teorías que defienden la necesidad de que el curso de formación esté relacionado con la actividad laboral del trabajador —aunque pueda existir cierta flexibilidad²⁰— mientras que otro sector opina que no es necesaria relación alguna con el trabajo realizado, siendo esta la opción por la que mayoritariamente se inclina la doctrina²¹ y por la que también nos inclinamos.

Este aspecto cobra especial relevancia porque dependiendo de que teoría doctrinal apliquemos podría existir cierta discriminación dependiendo la actividad laboral del doctorando. Pongamos por ejemplo un empleado de un despacho de asesoramiento laboral y que a su vez estudia un doctorado en el programa de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, y el supuesto de un joven camarero matriculado en el mismo programa. Si aplicamos la teoría de que el curso debe estar relacionado con la actividad laboral, el primer caso estaría justificada la asistencia al curso mientras que en el segundo caso no.

2.5 Concesión de los permisos oportunos de formación o perfeccionamiento profesional con reserva de puesto de trabajo

El art. 23 en su apartado c) dispone el derecho a la concesión de los permisos que sean oportunos para la formación o perfeccionamiento profesional con reserva del puesto de trabajo. En este supuesto, debemos mencionar que no podemos destacar especialidad alguna que afecte a los trabajadores doctorando pues los requisitos de acceso y características son similares a los de la adaptación de la jornada ordinaria estudiadas en el punto anterior²².

2.6 A la formación necesaria para adaptarse a las modificaciones en el puesto de trabajo

El art. 23. 1. d) reconoce el derecho a la formación necesaria para adaptarse a las modificaciones en el puesto de trabajo. Este derecho también queda fuera del alcance del presente estudio ya que no es una herramienta de conciliación, pues su finalidad es la de imponer una obligación a la empresa de sustentar la actividad formativa para el reciclaje profesional del trabajador.

²⁰ Lázaro Sánchez, J. L., cit. p. 469.

²¹ Por ejemplo Blázquez Agudo, E. M., cit. o Poquet Catalá, R., «El derecho a la formación profesional del trabajador», en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 8, 2013, p. 247.

²² Sala Franco, T., Pedrajas Moreno, A., Lleó Casanova, B., *La formación profesional continua de los trabajadores en la empresa*, Tirant Lo Blanch, 2005, p. 30.

2.7 Permiso de veinte horas anuales de formación profesional para el empleo

El permiso para la formación de veinte horas anuales se configura a raíz de la modificación del art. 23 del ET establecida en el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, por el cual *“Los trabajadores con al menos un año de antigüedad en la empresa tienen derecho a un permiso retribuido de veinte horas anuales de formación profesional para el empleo, vinculada a la actividad de la empresa, acumulables por un periodo de hasta cinco años [...]”*. De esta forma, nos encontramos ante la creación de una herramienta de conciliación para que el trabajador pueda realizar acciones de formación relacionadas con la actividad de la empresa. Sigue la modificación del artículo en que *“El derecho se entenderá cumplido en todo caso cuando el trabajador pueda realizar las acciones formativas dirigidas a la obtención de la formación profesional para el empleo en el marco de un plan de formación desarrollado por iniciativa empresarial o comprometido por la negociación colectiva. Sin perjuicio de lo anterior, no podrá comprenderse en el derecho a que se refiere este apartado la formación que deba obligatoriamente impartir la empresa a su cargo conforme a lo previsto en otras leyes. En defecto de lo previsto en convenio colectivo, la concreción del modo de disfrute del permiso se fijará de mutuo acuerdo entre trabajador y empresario”*.

En cuanto a la finalidad de la licencia de 20 horas, REQUENA MONTES indica que el verdadero motivo del 23. 3. ET no es la concesión del permiso en sí, sino la promoción de los planes de formación que incluyan acciones formativas vinculadas a la actividad empresarial, considerando que si bien la empresa o la negociación colectiva no proponen una oferta formativa, será el trabajador quien podrá proponer la opción de aprendizaje en la que más le interese invertir su crédito horario²³.

Seguidamente, y respecto a la relación del permiso y un trabajador doctorando, nos centraremos en contestar las siguientes preguntas: qué tipo de formación se prevé y si puede relacionarse de algún modo con los estudios de doctorado, el efecto de los límites de antigüedad y de crédito horario, la compaginación con el PIF o si queda cubierto el crédito con la formación prevista unilateralmente por la empresa.

En primer lugar, deberemos determinar qué tipo de formación contempla el permiso, es decir, si debe ser exclusivamente financiado por los cursos bonificados de la FUNDAE o si bien puede el trabajador elegir libremente la formación deseada. La respuesta la encontramos en BLÁZQUEZ AGUDO²⁴ quién afirma que después de la modificación del RDL 3/2012 a través de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, todo parece indicar que el trabajador puede elegir cursar todo tipo de acciones formativas²⁵, abriendo la posibilidad al empleado de

²³ Requena Montes, O., cit. p. 607.

²⁴ Blázquez Agudo, E. M., cit.

²⁵ Esto es debido a que primeramente el RDL 3/2012 sólo reconocía la formación vinculada al puesto de trabajo, mientras que la posterior Ley 3/2012 ampliaba este precepto a la formación vinculada con la actividad de la empresa.

asistir a otro tipo de formación que pueda colaborar en su promoción dentro de la propia empresa. No obstante, debemos recalcar que esta formación no contempla su uso para las titulaciones oficiales por lo que no puede utilizarse estrictamente para que el trabajador doctorando dedique tiempo de escritura o investigación, aunque sí que podría utilizarse para otros asuntos relacionados como son la asistencia a congresos, charlas, seminarios, etc. relacionados con su tesis doctoral, y que a su vez guarden relación con la actividad de la empresa.

En este caso volvemos al ejemplo de un trabajador doctorando que preste servicios en un despacho laboral y realice una tesis en DTSS, y el caso de un camarero que realice una tesis en el mismo programa. Este último no podría acogerse a la formación relacionada con su investigación.

En segundo lugar, analizaremos los límites que presenta esta herramienta: la antigüedad requerida de un año, la previsión máxima de 20 horas anuales, la posibilidad de compaginarlo con el PIF o como incide la formación prevista unilateralmente por la empresa.

Sobre estos aspectos REQUENA MONTES²⁶ recalca que a pesar de los límites establecidos en el art. 23. 3. nada impide que se haga uso de la libertad negociadora de las partes, por lo que el periodo de antigüedad podría eliminarse o reducirse. Respecto al crédito horario también puede ser negociado, pudiendo acordarse el aumento de horas de formación o modificarse el periodo máximo de acumulación del crédito. Seguidamente, sobre la compaginación de dicho permiso con el PIF, el art. 9. 6. de Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral, por el cual, el empresario puede denegar la concesión del permiso de veinte horas si el trabajador ya tiene autorizado el disfrute del PIF.

Por último, queda determinar qué impacto tiene la formación prevista unilateralmente por la empresa y si ésta puede computar a efectos de crédito horario. En este caso debemos acudir a la STS de 20 de noviembre de 2019²⁷, por el cual un sindicato eleva demanda por conflicto colectivo en materia de reconocimiento de derechos para la formación en una empresa de seguridad privada para que se reconozca el permiso de 20 horas del art. 23. 3. adicionales a las 20 horas que la empresa ya prevé por obligación establecida en la Ley de Seguridad Privada.

Primeramente el TSJ falla a favor del sindicato y posteriormente, el TS falla a favor de la empresa de seguridad al estimar que no cabe reconocer la pretensión del sindicato al entenderse que el permiso del art. 23. 3. queda satisfecho mediante el plan de formación instaurado por la empresa, justificando literalmente que *“no existe un derecho de los trabajadores a recibir formación con cargo a la empresa, sino un derecho al permiso para su formación; lo cual son dos cosas no exactamente idénticas.”*

A modo de resumen, señalamos las ventajas e inconvenientes de esta herramienta.

²⁶ Requena Montes, O., cit. p. 604.

²⁷ ID CENDOJ: 28079140012019100746

Ventajas:

- Puede utilizarse para asistir a congresos, seminarios... pero deberá estar relacionado con la actividad de la empresa.
- En general, la empresa no puede denegar el disfrute del derecho.
- Debido a la libertad individual de negociación de las partes, se pueden pactar un incremento de las horas de permiso o eliminar la antigüedad requerida.
- Es retribuido.

Desventajas:

- No es compatible si ya se está usando el PIF o si la empresa ya prevé formación de forma unilateral.
- No puede utilizarse para seguir cursos oficiales o para ir a la biblioteca, tutorías o investigación.
- El requisito de un año de antigüedad.
- Veinte horas, aunque puedan acumularse no parece una cantidad relevante para que un trabajador doctorando pueda invertir en investigación.

Como se puede apreciar, en este apartado pretendíamos visualizar que el permiso de 20 horas no es una opción de conciliación factible para que el trabajador doctorando pueda llevar adelante su investigación.

3. EL PERMISO INDIVIDUAL DE FORMACIÓN

El PIF se encuentra actualmente en el art. 29 del Real Decreto 694/2017, de 3 de julio, por el que se desarrolla la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral, y principalmente consiste en un permiso por el cual la empresa autoriza al trabajador a realizar una acción formativa por una duración de 200 horas por año o curso académico, reconocida mediante una titulación o acreditación oficial, con el fin de favorecer su desarrollo profesional y personal.

Para analizar el PIF debemos atendernos a los diversos límites que presenta y si son compatibles con la realización de una tesis doctoral. Estos límites son los siguientes.

- La formación debe ser reconocida mediante una titulación o acreditación oficial²⁸.

²⁸ Indica la norma que se consideran titulaciones oficiales aquellas que han sido expedidas por las Administraciones Públicas competentes, con validez en todo

- No debe constituir una formación obligatoria para el empresario.
- No es posible solicitar el PIF si el trabajador es un empleado público²⁹.
- La acción formativa deberá realizarse íntegramente en modalidad presencial o de no ser así, contar con clases, prácticas o tutorías presenciales obligatorias.

Es en este último apartado donde se confirma que el PIF no puede ser una herramienta de conciliación aplicable al trabajador doctorando, pues no existe la modalidad presencial en los estudios de doctorado ni tampoco hay clases, prácticas o tutorías presenciales obligatorias.

No obstante, históricamente el PIF sí reconocía permisos específicos para la investigación de la tesis doctoral, concretamente en la Resolución de 3 de julio de 1997, del Instituto Nacional de Empleo, por la que se aprueba la convocatoria de ayudas a Permisos Individuales de Formación para el curso 1997-1998³⁰ —primera tras aprobarse el II Acuerdo Nacional sobre Formación Profesional Continua— en el que literalmente se reconocía en el art. 4. 1. d) que *“podrá solicitarse un único permiso individual de formación para la recogida de datos de la tesis doctoral, siempre que estas horas sean justificadas como tutorías y/u horas presenciales en centros, empresas o archivos. Dicha solicitud deberá presentarse con una certificación del Director del centro en el que se recogen los datos o bien del Director de la tesis. Asimismo deberá entregarse una justificación que acredite que esta labor debe realizarse dentro del horario laboral”*.

De la resolución anterior³¹ extraemos que por primera vez se reconoce un permiso de formación específico para los trabajadores que cursen estudios de doctorado, aunque con diversas limitaciones:

- El permiso quedaba limitado a un solo disfrute.
- Se requiere asistencia presencial en centros, empresas o archivos —entendemos que por archivo la norma se está refiriendo a la biblioteca—
- Se necesitaba de un certificado o de director del centro o del director de la tesis para poder presentar la solicitud del permiso.

el territorio nacional y publicadas en el BOE. Por lo que no cabe duda de que los estudios conducentes al título de Doctor pueden ser sujeto de amparo del PIF.

²⁹ Es debido a que la formación de los empleados públicos se desarrolla a través de programas específicos promovidos según lo establecido en los acuerdos de formación que se suscriban en el ámbito de las Administraciones Públicas.

³⁰ Novedad introducida de la resolución predecesora en la Convocatoria de financiación de permisos individuales de formación para el curso 1996-1997 (BOE de 11 de junio de 1996, Anuncios particulares) véase Torrents Margalef, J., Valdeolivas García, Y., Gete Castrillo, P., «Estudio comparativo y evolutivo de los cambios de regulación de la formación continua en los Acuerdos y Convenios Colectivos», en *Relaciones laborales Revista crítica de teoría y práctica*, Nº 2, 1998, p. 578.

³¹ Vigente en posteriores resoluciones hasta el curso 2002-2003 mediante Resolución de 25 de julio de 2003, del Instituto Nacional de Empleo, por la que se prorroga para el curso 2002-2003 la convocatoria de ayudas para Permisos Individuales de Formación del curso 2001-2002.

- Hay que justificar que la recogida de datos debe realizarse dentro del horario laboral.

Como podemos observar, estamos ante diversas las limitaciones que nos hacen dudar de la eficacia de la norma y de que verdaderamente fuera una herramienta de conciliación efectiva.

Posteriormente, en el año 2003 se publicó el Real Decreto 1046/2003, de 1 de agosto, por el que se regula el Subsistema de Formación Profesional Continua que puso en marcha un nuevo modelo de gestión que facilitaba a las empresas el desarrollo de programas formativos para sus trabajadores. Permitiéndoles planificar y desarrollar la formación que necesiten sin tener que ajustarse a las resoluciones anuales del antiguo INEM, publicándose para tal precepto una Orden anual del antiguo Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

La primera en publicarse fue la Orden TAS/500/2004, de 13 de febrero, por la que se regula la financiación de las acciones de formación continua en las empresas, incluidos los permisos individuales de formación, en desarrollo del Real Decreto 1046/2003, de 1 de agosto, por el que se regula el Subsistema de Formación Profesional Continua, en cuyo art. 28 se indica que *“quedan excluidas del permiso de formación las acciones formativas que no se correspondan con la formación presencial. No obstante, se admitirá la parte presencial de las realizadas mediante la modalidad a distancia”*.

De este modo desaparecía la mención específica de recogida de datos presencial para la tesis doctoral, pues la modalidad de estudios a distancia, según el art. 8 de la misma Orden deberá realizarse con soportes didácticos que supongan un proceso de aprendizaje sistematizado para el participante y necesariamente complementado con asistencia tutorial. Precepto en el que no encajan los estudios de doctorado pues no hay una guía docente y materiales preparados de antemano. Es este momento cuando cualquier acción formativa relacionada con la obtención del grado de doctor deja de ser financiada al no cumplirse los requisitos propuestos.

Seguidamente, con la entrada en vigor del Real Decreto 694/2017, de 3 de julio, por el que se desarrolla la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral —que de nuevo suponía una reforma del modelo de formación profesional respecto a su predecesora del año 2007— que si bien explora nuevas modalidades como la teleformación no puede aplicarse a los estudios de doctorado³². Similar caso ocurre también si estudiamos la última orden ministerial respecto a la financiación del PIF³³ en el cual no se hace ninguna mención o referencia de financiación a los estudios doctorales.

32 El art. 4.2. requiere que la teleformación debe entenderse como aquel que se realiza a través de una plataforma en la que haya interactividad entre profesor y alumno en tiempo real.

33 Orden TMS/368/2019, de 28 de marzo, por la que se desarrolla el Real Decreto 694/2017, de 3 de julio, por el que se desarrolla la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral, en relación con la oferta formativa de las administraciones competentes y su financiación, y se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones públicas destinadas a su financiación.

En conclusión, la inviabilidad de recurrir al PIF debido requerimiento presencial para llevar a cabo la acción formativa junto a las limitaciones de financiación, agotan las opciones previstas legalmente para la conciliación trabajo e investigación, quedando el trabajador doctorando al amparo de la negociación colectiva e individual de las partes.

4. PERMISOS PARA LOS ESTUDIOS DE DOCTORADO EN EUROPA

Vistas las escasas opciones de conciliación trabajo por cuenta ajena con la realización de estudios de doctorado, es momento de revisar que opciones de conciliación prevén los países de nuestro entorno.

4.1 Bulgaria

Bulgaria destaca entre otros por conceder uno de los permisos de maternidad más altos de Europa³⁴, por lo que podemos intuir cierta generosidad en cuanto a los permisos para compaginar estudios y trabajo.

Los permisos educacionales los encontramos regulados en los art. 169, 170 y 171 del equivalente al Estatuto de los Trabajadores búlgaro³⁵ y resultan un campo de estudio interesante a raíz de la enmienda de marzo de 2001 que supuso un cambio a un modelo más restrictivo en cuanto a la concesión de tales licencias, pues anteriormente no se requería de la aprobación de la empresa para el disfrute del permiso³⁶.

Las licencias específicas para los doctorandos se encuentran el art. 169. 3. y consiste en un único permiso retribuido de hasta seis meses para preparar la defensa de la tesis doctoral en humanidades y ciencias sociales y jurídicas, y hasta doce meses si el doctorando está preparando una tesis en ciencias³⁷. Respecto a las características y requisitos de acceso³⁸:

- El permiso está pensando para ser utilizado por los trabajadores por cuenta ajena.

34 Actualmente el permiso es de 410 días, equivalente a aprox. 58 semanas.

35 Por título original "КОДЕКС НА ТРУДА" (léase *kodeks na truda*).

36 Véase el capítulo 3, sección 4, apartado II en Mrachkov, V., *Labour Law in Bulgaria*, Wolters Kluwer Law International, 2020.

37 En la abreviatura inglesa estaríamos hablando de un permiso de seis meses para obtener el título de PhD (Philosophiæ Doctor) y de doce meses para obtener el título de Sc.D (Scientiæ Doctor).

38 Véase el capítulo sobre la conciliación de estudios y trabajo en Bulgairia en Sredkova, K. «Balance of work and education», en Pichrt, J., Koldinská, K., (coord.) *Labour law and social protection in a globalized world: Changing realities in selected areas of law and policy*, 2018, p. 339.

- Es irrelevante la modalidad de estudios de doctorado, admitiéndose el permiso tanto si es a tiempo completo o parcial.
- Se necesita consentimiento expreso de la empresa.
- Las licencias pueden tomarse parcialmente.
- De acuerdo con el art. 171. a) debe mediar un preaviso previo a la fecha de disfrute de al menos siete días.

Por otra parte, la normativa también contempla permisos no retribuidos cuya función principal es complementar al permiso retribuido en caso de haber efectuado su uso o de que no exista un acuerdo específico entre trabajador y empresa. En este caso el art. 171. 3. prevé un permiso de hasta cuatro meses no retribuido.

Otra de las singularidades que presenta la ley búlgara es que el art. 170. 2. incluye un permiso retribuido de hasta doce días laborales para aquellos futuros doctorandos preparen el examen de acceso a los estudios de doctorado en caso de que la universidad así lo requiera.

Para finalizar, cabe mencionar otras políticas de especial protección para que el doctorando compagine adecuadamente el trabajo con la investigación. Entre estas, destacamos el art. 140. 4. 5. la prohibición de realizar trabajos nocturnos mientras esté estudiando y el art. 147. 1. 5. que prohíbe llevar a cabo horas extraordinarias, aunque ambos pueden ser revocados con el consentimiento expreso del trabajador.

4.2 Polonia

La actualmente derogada Ley de 14 de marzo de 2003 sobre grados y títulos académicos, y sobre los grados y títulos en el campo de las artes³⁹, normativa que regulaba la obtención del grado de doctor, y que en su art. 23. 1. incluía un nuevo permiso educacional al establecer que un trabajador que prepare una tesis doctoral tendrá derecho a un permiso retribuido de 28 días laborables para la preparación de la defensa de la tesis doctoral. Posteriormente, esta norma fue reafirmada en la actual Ley de 28 de julio de 2018, Ley de educación superior y ciencia⁴⁰, incluyendo de nuevo dicho permiso en el art. 196.

Entre las características y límites de esta licencia destacamos especialmente las siguientes:

- El permiso se aplica exclusivamente a los trabajadores por cuenta ajena, excluyendo literalmente a los profesores académicos y personal de investigación.

39 Ustawa z dnia 14 marca 2003 r. O stopniach naukowych i tytułach naukowych oraz o stopniach i tytułach w zakresie sztuki.

40 Ustawa z dnia 20 lipca 2018 r. Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce.

- De acuerdo con el apartado 3 del mismo artículo puede ser compaginado con las vacaciones anuales.
- El permiso no puede ser denegado por la empresa de acuerdo con el art. 17 del *Kodeks Pracy* —equivalente a nuestro ET— por el cual el empresario está obligado a ayudar al trabajador a mejorar su cualificación profesional, aunque por causas organizativas la empresa puede impugnar el disfrute del permiso para ser concedido fechas distintas a la solicitud⁴¹.
- Se permite el fraccionamiento del permiso.
- No requiere de antigüedad previa en la empresa.
- El permiso puede ser solicitado una vez se conozca la fecha de la defensa de la tesis doctoral.

Por último y a diferencia de la ley búlgara, no se prevén otras medidas de especial protección como puede ser la prohibición de realizar trabajos nocturnos o realizar horas extras.

4.3 Italia

En tercer lugar estudiaremos el modelo italiano de relaciones laborales, no sin antes mencionar a modo anecdótico que en el pasado algunas universidades italianas prohibían explícitamente la realización de un doctorado con un trabajo a tiempo completo o con otras actividades laborales, requiriéndose dedicación exclusiva a la tarea de investigación⁴².

En cuanto a las especialidades de conciliación del trabajador doctorando se encuentran reguladas en el art. 5 de la Ley n. 53/2000, de 8 de marzo⁴³, concediéndose para tal ocasión la posibilidad de suspender el contrato de trabajo por un periodo no superior a once meses destinado a completar la formación académica personal obligatoria del trabajador para conseguir el título de estudios de segundo grado, un diploma universitario o un doctorado⁴⁴. Las características y requisitos de tal suspensión son la siguientes:

41 A diferencia de los otros permisos educacionales establecidos en el art. 103 del *Kodeks Pracy* que si pueden ser denegados por la empresa debido a causas organizativas.

42 Véase por ejemplo la página web de la Universidad de Pavia que aún mantiene la prohibición en su página de información en inglés, y teniéndose que aprobar por la comisión académica cualquier trabajo esporádico: <http://phd.unipv.it/frequently-asked-questions/> o el art. 20. 1. del ya derogado *Regolamento sul dottorato di ricerca* de 8 de octubre de 2015 de la Universidad de Trieste, <http://web.units.it/normativa/regolamenti/regolamento-193> que la admisión al doctorado implica un compromiso exclusivo y a tiempo completo, aunque también abre la posibilidad a ciertas compaginaciones con una actividad laboral para los doctorandos sin beca de estudios. Fecha visita 20 de noviembre de 2020.

43 Legge 8 marzo 2000, n. 53 - Disposizioni per il sostegno della maternità e della paternità, per il diritto alla cura e alla formazione e per il coordinamento dei tempi delle città.

44 Mairal Jiménez, M., «La conciliación de la vida laboral con la vida privada (personal, familiar y social) del trabajador en Italia», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 96, 2008, p. 156.

- Se requiere de una antigüedad previa en la empresa de cinco años.
- Los periodos de suspensión pueden fraccionarse.
- Sólo se contempla un solo uso.
- Durante la suspensión no se computa antigüedad.
- No se puede complementar con periodos de vacaciones, enfermedad y otras licencias, de acuerdo con el art. 5. 3.
- La empresa puede no aceptar la solicitud de suspensión si existen probadas causas organizativas.

Señala MAIRAL JIMÉNEZ⁴⁵ que la doctrina italiana ha sido especialmente crítica con el requisito exigido de antigüedad —al considerarlo excesivamente largo—, señalándose que por su configuración parece más bien un premio de fidelidad del trabajador hacia la empresa.

Por último cabe mencionar los derechos de conciliación que otorga el art. 10 del *Statuto dei Lavoratori* —la norma general que representaría al ET— respecto a los trabajadores estudiantes y que consisten en elegir el turnos de trabajo que facilite la asistencia a clase, la posibilidad de rechazar horas extraordinarias, trabajar durante el fin de semana o el descanso obligatorio del trabajador, no son de aplicación para los trabajadores doctorandos italianos debido a que requieren de la asistencia obligatoria a clases⁴⁶. Precepto similar a la normativa española.

4.4 Austria

La normativa austriaca destaca por la simplicidad de la normativa respecto al permiso no retribuido para estudiar⁴⁷ —lejos de la dispersión normativa en España— y de la posibilidad de combinar tal permiso con la protección por desempleo.

El permiso no retribuido lo encontramos en el art. 11 de la *Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz* —ley de Contratos de Trabajo— el cual indica que empleado y empresario puede acordar un permiso sin sueldo para la realización de estudios por un periodo mínimo de dos meses y una duración máxima de doce. Entre los requisitos destacamos:

- Se exige una antigüedad de seis meses en la empresa.

⁴⁵ *Ibid.* p. 157.

⁴⁶ Martín Puebla, E., «Políticas de formación continua en la Unión Europea. Contratos, fondos y permisos formativos en Italia», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 87, 2010, p. 31.

⁴⁷ La normativa por lo general suele incluir todo tipo de formación que ayude en el desarrollo profesional y personal del trabajador, aunque excluyendo hobbies y otra formación que no sea relevante.

- Puede ser fraccionado tomando periodos mínimos de dos meses. En caso de fraccionarse, la duración total del permiso tomará como referencia la fecha del primer permiso hasta un periodo de doce meses⁴⁸.
- Se puede solicitar un nuevo permiso pasados cuatro años de la finalización del anterior.
- También se incluyen los trabajadores de ETTs cuya antigüedad exigida se reduce a tres meses.
- El permiso se interrumpe en caso de maternidad o paternidad.
- Debe ser aprobado por el empresario.

Otro de los supuestos que prevé la ley austriaca en el art. 11. a) es la reducción de la jornada laboral semanal entre un 25 y 50% —sin que sea inferior a diez horas semanales— por un periodo de cuatro meses a dos años, cuyos requisitos son similares al del permiso sin sueldo mencionado anteriormente.

Como hemos mencionado, una de las características que resulta interesante de estudio es la posibilidad de compaginar el permiso no retribuido con la prestación por desempleo. Para este supuesto debemos atendernos al art. 26 de *Arbeitslosenversicherungsgesetz* —Ley del Seguro de Desempleo— que prevé para los trabajadores que disfruten de una licencia de estudios el derecho a una prestación de 14,53 euros diarios en caso de que cumplan los requisitos de acceso a tal prestación.

5. CONCLUSIONES

Completado el análisis, podemos afirmar que es inviable combinar los estudios de doctorado con un trabajo por cuenta ajena mediante el art. 23 del ET y el PIF, por lo que es necesario buscar una alternativa o reforma que permita a aquellos trabajadores que tengan vocación por la investigación las facilidades necesarias para que puedan llevarla a cabo.

Para buscar una solución a tal problema debemos de partir de las siguientes premisas:

- AGUILERA IZQUIERDA y GARCÍA PIÑEIRO⁴⁹ indican que la normativa en materia de formación profesional para el empleo es amplia, densa y en muchos aspectos complicada porque reborda el ámbito puramente laboral. Es decir, la solución debe de partir de una idea sencilla y fácilmente implementable.

⁴⁸ Como ejemplo, si un trabajador a 1 de enero toma un permiso de seis meses, y posteriormente se reincorpora a su puesto de trabajo durante los meses de julio y agosto, los permisos que deseé a partir de septiembre tendrán como fecha límite el 31 de diciembre, y no por los seis meses restantes.

⁴⁹ Aguilera Izquierdo, R., García Piñeiro, N. P., «La formación profesional para el empleo: reflexiones para su reforma», *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, nº 147, 2010, p. 485.

- Determinar qué permiso exacto estamos buscando, que tras analizar cómo se gestionan en Bulgaria, Polonia, Italia y Austria, podemos diferenciar dos: de una parte las licencias retributivas específicas para preparar la defensa de la tesis doctoral, y de otro los no retribuidos para dedicar a los estudios en general —incluyendo la investigación—.
- Si bien buscamos una solución que sea implementada para todos los trabajadores por cuenta ajena —es decir, que debería configurarse a través del ET— no hay que olvidar el papel de la negociación colectiva como herramienta de desarrollo y de mejora para la conciliación de trabajo e investigación.
- Teniendo claras dichas premisas. Las propuestas son las siguientes.
- Inspirada en la normativa polaca, la primera propuesta pasaría por la modificación del art. 37. 3. del ET para incluir un permiso retribuido que sea exclusivo para preparar la defensa de la tesis doctoral⁵⁰.
- Respecto a la inclusión de un permiso retribuido similar a los de la norma italiana o austriaca, la realidad es que ya existe licencia similar mediante las excedencias del art. 46 del ET. En este caso habría que implementar un nuevo supuesto que contemple la excedencia para la realización de estudios doctorales que contemple la reserva del puesto de trabajo.
- La tercera propuesta pasa por la modificación del art. 23 del ET para introducir un nuevo supuesto por el cual se pudiera contemplar la reducción de la jornada para dedicar tiempo a la investigación.
- La última propuesta sería modificar el art. 29 del Real Decreto 694/2017 con relación al PIF para que pudiera permitir un solo permiso de 200 horas para poderlo dedicar íntegramente a la investigación.

Una de las ventajas de tales propuestas es que en todos los casos nos aseguramos de que tendrá un alcance ilimitado entre la mayoría de los trabajadores y que posteriormente y mediante la negociación colectiva, se podría variar la duración, límites o amoldarlas a la situación del sector económico o empresa.

En conclusión, si queremos impulsar la creación de conocimiento científico entre los trabajadores de cuenta ajena —quienes pueden aportar su valiosa experiencia profesional al ámbito académico— debemos apostar por ofrecer mecanismos de conciliación concretos⁵¹, que no dejen paso a redacciones ambiguas y confusas⁵² y que sean de una duración suficiente para que motive al trabajador a

50 La razón de optar por incluirlo en el art. 37 es debido a que en este apartado estaríamos ante un derecho que afectaría a todos los trabajadores por cuenta ajena, no podría ser denegado a priori por el empresario y además sería retribuido.

51 Es decir, evitar en la medida de lo posible que las interpretaciones de la norma tengan que llegar al TS como fue el caso del permiso para concurrir a exámenes.

52 Como es el caso de la dispersión y cambios normativos propios del Permiso Individual de Formación, que no hacen más que complicar su estudio.

investigar⁵³. No debemos olvidar que la formación, la producción de conocimiento científico y la especialización de la mano de obra son uno de los instrumentos que permite a un país poder competir contra aquellos que practican las políticas de bajos salarios y que a raíz de la pandemia de COVID-19 se ha hecho más que evidente que sin producción científica un país está condenado a la ruina.

6. BIBLIOGRAFÍA

- Aguilera Izquierdo, R., García Piñeiro, N. P., "La formación profesional para el empleo: reflexiones para su reforma", *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, nº 147, 2010.
- Blázquez Agudo, E. M., "El derecho a la formación para el empleo: el art. 23 ET", en *El sistema de formación profesional para el empleo: hacia la creación de un derecho laboral*, Aranzadi, 2012.
- García Murcia, J., "El derecho a la promoción y a la formación profesional en el trabajo", en Borrajo Dacruz, E. (Dir.), *Comentarios a las Leyes Laborales: El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo V, EDERSA, 1985.
- García Murcia, J., "La promoción profesional del trabajo", en Martín Jiménez, R. (Coord.) y Sempere Navarro, A. V. (Coord.) *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Subdirección General de Publicaciones, 2003.
- Lázaro Sánchez, J. L., "Artículo 24, Ascensos", en Del Rey Guanter, S., (Dir.), *Estatuto de los Trabajadores. Comentado y con Jurisprudencia*, La Ley, 2007.
- Lleó Casanova, B., *La formación profesional en la relación jurídico-laboral*, Tesis Doctoral dirigida por Tomas Sala Franco, Universidad de Valencia, 2011.
- Mairal Jiménez, M., "La conciliación de la vida laboral con la vida privada (personal, familiar y social) del trabajador en Italia", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 96.
- Martín Puebla, E., "Políticas de formación continua en la Unión Europea. Contratos, fondos y permisos formativos en Italia", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 87, 2010.
- Mrachkov, V., *Labour Law in Bulgaria*, Wolters Kluwer Law International, 2020, ISBN: 9789403527208.
- Poquet Catalá, R., "El derecho a la formación profesional del trabajador", en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 8, 2013.
- Prados de Reyes, F. J., "Las conexiones de la formación profesional y el contrato de trabajo", en Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F. y Martín Valverde, A. (Coord.), *Contrato de trabajo y formación profesional: consecuencias laborales y sociales de la integración de España en la Comunidad Europea*, V Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, celebradas en Sevilla, 15 y 16 de diciembre de 1986, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987.

⁵³ De poco serviría por ejemplo otorgar un permiso de 5 días para preparar la tesis doctoral u ofrecer un permiso no retribuido de dos meses para investigar.

Requena Montes, O. *Formación profesional continua y prestación del trabajo: el artículo 23 del Estatuto de los Trabajadores como mecanismo de conciliación*. Tesis doctoral dirigida por Fernando Fita Ortega y Ángel Blasco Pellicer, Universidad de Valencia, 2019.

Sala Franco, T., Pedrajas Moreno, A., Lleó Casanova, B., *La formación profesional continua de los trabajadores en la empresa*, Tirant Lo Blanch, 2005.

Sánchez Trigueros, C., *Los permisos retribuidos del trabajador (régimen jurídico de las interrupciones no periódicas, preavisadas y justificadas del contrato de trabajo)*, Aranzadi, 1999.

Sredkova, K. "Balance of work and education", en Pichrt, J., Koldinská, K., (coord.) *Labour law and social protection in a globalized world: Changing realities in selected areas of law and policy*, 2018, ISBN: 9789403500935

Torrents Margalef, J., Valdeolivas García, Y., Gete Castrillo, P., "Estudio comparativo y evolutivo de los cambios de regulación de la formación continua en los Acuerdos y Convenios Colectivos", en *Relaciones laborales Revista crítica de teoría y práctica*, Nº 2, 1998.



ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

REJLSS

REJLSS

Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social
abril 2021 - núm 2 ISSN-e 2660-437X

JUBILACIÓN ANTICIPADA DE MUJERES CON PENSIÓN INFERIOR A LA MÍNIMA. Comentario a la STJUE de 21 de enero de 2021 (C-843/2019)

EARLY RETIREMENT OF WOMEN WITH A PENSION BELOW THE MINIMUM. Comment on the sentence of the Court of Justice of the European Union of 21 January 2021 (C-843/2019)

Carmen Sánchez Trigueros

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Murcia

carmenst@um.es [ORCID 0000-0002-5010-2254](https://orcid.org/0000-0002-5010-2254)

Recepción de trabajo: 11-03-2021 - Aceptación: 21-03-2021

■ 1. HECHOS Y ANTECEDENTES. ■ 2. PROBLEMA SUSCITADO Y POSICIONES DE LAS PARTES. 2.1. Posición de la demandante. 2.2. Posición de la demandada (INSS) y del Gobierno de España. 2.3. Planteamiento de la cuestión prejudicial por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. ■ 3. RESOLUCIÓN DEL TJUE. 3.1. Posibilidad de denegar la prestación de jubilación anticipada cuando su importe no supere el de la pensión mínima. 3.2. Análisis de la normativa controvertida como causa de discriminación indirecta. 3.3. La justificación de la medida. ■ 4. COMENTARIO. 4.1. La discriminación indirecta y la prueba de su existencia. 4.2. Análisis de la justificación de la medida adoptada. 4.3. Un apunte final. ■ 5. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

El TJUE vuelve a abordar la recurrente cuestión del sistema de prestaciones públicas de España y su respeto a los principios de la UE. En el presente supuesto, se analiza la colisión entre una normativa que genera una discriminación indirecta y su justificación por objetivos de política social. El TJUE, en una resolución muy discutible, concluye que la legislación española puede ser respetuosa con el principio de igualdad.

PALABRAS CLAVE: jubilación anticipada, financiación futura, discriminación indirecta, objetivos de política social.

ABSTRACT

CJEU analyzes again the recurring issue of the system of public benefits in Spain and its respect for the principles of the EU. In the present case, the collision between a regulation that generates indirect discrimination and its justification by social policy objectives is studied. CJEU, in a highly debatable resolution, concludes that Spanish legislation is respectful of the principle of equality.

KEYWORDS: early retirement, long-term funding, indirect discrimination, objectives of social policy.

1. HECHOS Y ANTECEDENTES

La actora, que había trabajado como empleada del hogar, solicitó al INSS el acceso a la situación de jubilación anticipada a partir de los 63 años, con derecho a la correspondiente prestación económica. La entidad gestora denegó tal petición alegando que la trabajadora no cumplía con todos los requisitos previstos legalmente.

La interesada formuló demanda, que se vio finalmente estimada por sentencia del Juzgado de lo Social núm. 10 de Barcelona. El INSS interpuso recurso de suplicación contra dicha resolución ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y fue este órgano judicial quien elevó al TJUE la cuestión prejudicial que dio pie a la sentencia que comentamos.

2. PROBLEMA SUSCITADO Y POSICIONES DE LAS PARTES

La denegación del derecho a la jubilación anticipada por parte del INSS se fundamenta en que la actora no reunía el requisito establecido en el art. 208.1.c) LGSS. El aludido art. 208 LGSS, rubricado «Jubilación anticipada por voluntad del empresario», condiciona tal derecho al cumplimiento de una edad mínima (apartado a); a que se reúna determinada carencia (apartado b); además, y aquí se encuentra la cuestión debatida, exige que el importe de la prestación resultante sea superior a la cuantía de la pensión mínima que correspondería al interesado por su situación familiar en caso de jubilarse de forma no anticipada (apartado c).

2.1. Posición de la demandante

La trabajadora reclamante, en la línea acogida por el Juzgado de instancia, postula que dicha disposición constituía una discriminación indirecta hacia las mujeres. A tal efecto, destaca que el sector de las empleadas de hogar está mayoritariamente integrado por mujeres y que una trabajadora del mismo no podrá solicitar y obtener una jubilación anticipada a la edad de 63 años porque sus cotizaciones han sido bajas y el importe de la pensión es tributario de ello.

2.2. Posición de la demandada (INSS) y del Gobierno de España

La justificación que se ofrece para dicha exclusión consiste en que la misma tiene la finalidad de mantener la viabilidad del sistema de Seguridad Social, así como alcanzar un equilibrio sostenible entre el tiempo de vida activa y el transcurrido en situación de jubilación. Al respecto, incluso llega a plantearse que el acceso a este derecho sin tales restricciones tendría graves consecuencias para la financiación del sistema.

2.3. Planteamiento de la cuestión prejudicial por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

El TSJ eleva la cuestión prejudicial, si bien incluye algún matiz de interés.

Comienza señalando que la base de cotización del Régimen Especial de Empleadas de Hogar era inicialmente inferior a la del Régimen General de la Seguridad Social (RGSS); consecuentemente, las pensiones de sus afiliadas eran normalmente inferiores a las devengadas al amparo del RGSS. Aunque esa situación ha sido subsanada a partir de 2012, fecha en que se integraron ambos Regímenes, los efectos de esa desigualdad permanecen, siendo ejemplo de ello el caso que nos ocupa.

Destaca también que el art. 208.1.c LGSS se aplica a todos los sujetos integrados en el RGSS y no solo a quienes desempeñan empleos domésticos.

Además, analiza el objeto de la exclusión que establece dicho precepto: la imposibilidad de acceder a la jubilación anticipada para los supuestos en que dicha situación implique el reconocimiento de una pensión inferior a la cuantía mínima. Apunta que su fundamento se encuentra en evitar que se abone a esas trabajadoras un complemento a la pensión, lo que supondría una carga económica para el presupuesto del Estado; y considera que esa finalidad se ajusta a los objetivos de la UE en materia de pensiones, dentro de los que se encuentra también la aspiración a alcanzar un equilibrio sostenible entre tiempo de trabajo y de jubilación. Igualmente, entiende incompatible con los citados objetivos de la Unión la posibilidad de que un trabajador adelante voluntariamente su edad de jubilación sin experimentar ninguna reducción de su pensión, lo que ocurriría en el presente supuesto al haberse establecido el derecho a un complemento a mínimos; de forma que no sufriría ningún perjuicio por jubilarse de manera anticipada, ni tampoco experimentaría beneficio alguno por prolongar su vida laboral activa.

Por otra parte, destaca que ese requisito no se aplica a todos los supuestos. Entre otras exclusiones, se hace referencia al supuesto de quienes acceden a la jubilación anticipada por una causa ajena a su voluntad, como cuando ello ocurre tras una reestructuración empresarial.

Por último, el órgano remitente reconoce que, según las estadísticas oficiales, el 89% de las empleadas de hogar son mujeres. Sin embargo, postula que, para apreciar si el precepto cuestionado provoca una discriminación indirecta, deberá tomarse en cuenta la totalidad de afiliados al RGSS, es decir, todos aquellos a quienes les resulta de aplicación dicha norma. En consecuencia, deben ser también valoradas las situaciones de las mujeres excluidas de dicho régimen especial pero que por otros motivos (maternidad, contratación a tiempo parcial, etc.) también han cotizado por un importe inferior. En este particular, señala que, según las estadísticas oficiales, un porcentaje muy superior de mujeres que de hombres percibe el complemento para alcanzar la pensión mínima legal. En concreto, ese complemento era percibido por un 15,23% de los pensionistas de sexo masculino, frente al 31,45% de los pensionistas de sexo femenino.

3. RESOLUCIÓN DEL TJUE

El TJUE, previos los trámites oportunos, da respuesta a la cuestión que se le formula, para lo que analiza los distintos aspectos que a continuación se señalan.

3.1. Posibilidad de denegar la prestación de jubilación anticipada cuando su importe no supere el de la pensión mínima

La sentencia comienza recordando que no vulnera *per se* el Derecho de la Unión la denegación de una prestación de jubilación anticipada en los supuestos en que no se supera el requisito de alcanzar determinada cuantía. En concreto, alude a la STJUE de 5 de diciembre de 2019, C-398/18 y C-428/18, asunto Bocero Torrico y Bode (ECLI:EU:C:2019:1050). Esta resolución analiza si debe considerarse discriminatoria la situación de un trabajador con derecho a una pensión de al menos dos Estados miembros que puede no tener derecho a tal pensión de jubilación anticipada, en tanto que otro, con derecho a una pensión de la misma cuantía pero a cargo exclusivamente de un estado, sí tendría derecho a ella. El Derecho Europeo no se opone, al menos en principio, a una normativa nacional como la controvertida (particularmente referida al mismo precepto aquí analizado). Dicha exclusión puede resultar justificada cuando persiga un objetivo de interés general, siempre que sea apta para garantizar su realización y no resulte desproporcionada.

3.2. Análisis de la normativa controvertida como causa de discriminación indirecta

Sin embargo, en el presente supuesto se incluye por la parte actora un matiz que justifica un análisis específico: la adecuación de la citada exigencia con la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. La norma establece la prohibición de toda discriminación por razón de sexo, entre las que se incluyen las relativas a las condiciones de acceso a los regímenes legales que aseguren una protección contra los riesgos de vejez (primer guion del art. 4.1 en relación con el tercer guion del art. 3.1), dentro de los que se incluye la situación de jubilación anticipada.

Respecto de dicha cuestión, el TJUE comienza descartando que esa normativa sea constitutiva de un supuesto de discriminación directa por razón de sexo, en tanto que su aplicación se extiende por igual a hombres y a mujeres. Sin embargo, ello no excluye la posibilidad de que sea constitutiva de una discriminación indirecta. Esta es definida en la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, cuyo art. 2.1.b hace referencia a "la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas

del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios”.

Además, recuerda que la apreciación respecto de si dicha afección peyorativa concurre le corresponde al órgano jurisdiccional nacional. Al respecto, señala que el mejor método de comparación consiste en la comparación estadística entre trabajadores de distintos sexos a los que afecta la medida.

Llegados a ese punto, el TJUE comparte con el TSJ la consideración de que la valoración debe tener en cuenta no solo a las trabajadoras afiliadas al Régimen Especial, sino a la totalidad de personas afiliadas al RGSS, en tanto que la normativa controvertida no es de aplicación restringida al primero. También coincide en la necesidad de analizar el número de jubilados que perciben el complemento a mínimos, así como la desigual proporción existente entre hombres y mujeres. De este modo, se concluye que, si las estadísticas evidencian que el porcentaje de mujeres que perciben el complemento a mínimos es considerablemente más elevado, cabría considerar que el precepto instituye una discriminación indirecta.

3.3. La justificación de la medida

Llegados a este punto, el TJUE añade que, pese a que dicha normativa perjudique en particular a las mujeres trabajadoras respecto de los hombres, podría sin embargo quedar justificada por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo. Entre otros aspectos, alude a la posibilidad de que dicha medida corresponda a un objetivo legítimo de política social. Sin embargo, para ello sería preciso que responda “verdaderamente al empeño de lograrlo” y que su aplicación sea “coherente y sistemática”.

El precepto controvertido persigue denegar la jubilación anticipada a aquellos trabajadores que accederían a una prestación inferior a la mínima legal, lo que daría lugar, en aplicación de la normativa aplicable, a la obtención de un complemento a mínimos para su pensión. Añade que el derecho a establecer este tipo de complementos forma parte de la política social de los estados miembros.

El Tribunal considera conforme con los principios de la UE la justificación que ofrecen tanto la entidad gestora como el Gobierno de España, relativa al objetivo de alcanzar un equilibrio sostenible entre la duración de la vida profesional y de la jubilación (teniendo en cuenta especialmente la evolución de la esperanza de vida), así como con el propósito de asegurar la adecuación y viabilidad de los sistemas de Seguridad Social. Al respecto, recuerda que las consideraciones de índole presupuestaria no justifican la adopción de medidas que puedan suponer una discriminación indirecta; no obstante, entiende que los objetivos legítimos de política social —como los expuestos— son ajenos a toda discriminación por razón de sexo. Por lo tanto, concluye que tales objetivos pueden, en principio, justificar una eventual diferencia de trato en perjuicio de las trabajadoras.

Además, se da un paso más, al sostener que la normativa cuestionada es apta para alcanzar los objetivos descritos (asegurar la sostenibilidad y prolongar la vida activa de las personas); también aprecia que es aplicada de forma coherente y sistemática, al afectar por igual a todos los trabajadores afiliados al RGSS.

Tales medidas son proporcionadas, al advertir que no van más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos perseguidos. Para ello, tiene en cuenta especialmente que tal exclusión no se extiende a los supuestos en que la jubilación anticipada se produzca como consecuencia de una causa ajena a la voluntad del trabajador (como una reestructuración empresarial). Además, también destaca que el legislador nacional no habría podido adoptar una normativa diferente, consistente en excluir del derecho al complemento a mínimos a quienes no reuniesen el requisito analizado, ya que ello supondría un menoscabo del objetivo de política social que se persigue.

4. COMENTARIO

Las instituciones de la UE han apostado decididamente por la lucha contra la discriminación, así como por el desarrollo del principio de igualdad, habiendo sido objeto de una extensa atención. Aunque esta sentencia hace referencia a uno de sus aspectos más frecuentemente analizados (el establecimiento de condiciones perjudiciales para las mujeres), debe recordarse que su virtualidad va más allá. Entre otros, se ha prestado una especial atención a los tratos peyorativos que pueden sufrirse las personas por motivo de su discapacidad, edad u orientación sexual (Directiva 2000/78/CE de 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación), por su raza o etnia (Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico), etc.

Sin embargo, la adopción de medidas que supongan un trato desigual no implica necesariamente que atenten contra el Derecho de la Unión; será necesario analizar cómo se justifican y la forma específica en que se adoptan. A continuación, se analiza el proceso valorativo que realiza la sentencia comentada respecto de los aspectos descritos.

4.1 La discriminación indirecta y la prueba de su existencia

La igualdad entre hombres y mujeres es uno de los principios fundamentales de la UE. Ya desde el preámbulo de la CDFUE se hace referencia a esta como uno de los valores “indivisibles y universales” sobre los que se funda la Unión. Más adelante, su artículo 20 consagra el derecho a la igualdad ante la ley; y el 21, la prohibición de discriminación por razón de sexo. Con este fin, se han ido desarrollando cada vez más herramientas que tratan de poner coto a este fenómeno perverso.

Entre otras, y conociendo que lo habitual será que no siempre se presente de manera abierta, se han establecido sucesivos mecanismos de forma progresiva al objeto de combatirla de manera efectiva. Uno de ellos es la institución de la discriminación indirecta. Esta consiste en la producción de una desventaja o perjuicio por aplicación de una norma o tratamiento que aparentemente resul-

ta neutro. Se hace referencia a supuestos en que se produce una “discriminación camuflada, que no se puede comprobar directamente y por lo general es más difícil de probar”¹.

La discriminación indirecta fue expresamente regulada en el art. 2.1.b de la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. Este precepto desarrolla el contenido de este tipo de discriminación (“la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo”), pero también establece las causas que pueden amparar este tipo de medidas (“salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima”), si bien aclarando que tales causas deberán analizarse de manera exhaustiva al objeto de evitar que den lugar a perjuicios desproporcionados (“y la forma en que deberán aplicarse estas causas para que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios”).

Precisamente por tratarse de discriminaciones disimuladas, en muchos casos ocultas, la Jurisprudencia del TJUE atribuye la labor de sacarlas a la luz a la parte que las alega. Esto se corresponde con las normas de nuestro sistema jurídico, que asignan a quien denuncia la existencia de una vulneración de derechos fundamentales la labor de aportar indicios de su existencia. Sin embargo, una vez que ello ha ocurrido se traslada la carga de la prueba al sujeto causante de dicha vulneración, que deberá acreditar que su actuación es ajena a todo propósito lesivo.

No obstante, como se ha señalado, la forma en que la discriminación indirecta se produce se aleja de los criterios ordinarios de la llamada discriminación directa, donde lo frecuente es que ese trato peyorativo se muestre de forma abierta. La discriminación indirecta exigirá con frecuencia el empleo de otros mecanismos probatorios, aptos para evidenciar la existencia del trato perjudicial alegado. Entre otros, ha ocupado un papel destacado el de la prueba estadística, al respecto de la que se ha señalado que “el mejor método de comparación consiste en confrontar, por un lado, las proporciones respectivas de trabajadores que quedan y que no quedan afectados por la norma en cuestión” (STJUE de 8 de mayo de 2019, C-161/18, asunto Villar Láiz, apartado 39, ECLI:EU:C:2019:382).

En la sentencia comentada se acude a este medio probatorio y, es más, se observa la existencia de una situación que perjudica especialmente a las mujeres. Se aprecia que la mayoría de los beneficiarios de prestaciones públicas en España que tienen acceso al complemento a mínimos son mujeres (en número superior al doble). En este escenario, se reconoce que afectaría fundamentalmente a las mujeres la denegación de prestaciones a aquellas personas que no alcanzan la pensión mínima y que requerirían para ello del citado complemento.

¹ Rubio Sánchez, F, “Discriminación indirecta”, en AA.VV. (Sánchez Trigueros, C. Dir.), *Un decenio de jurisprudencia laboral sobre la Ley de Igualdad entre mujeres y hombres*, Editorial BOE, Madrid, 2018, p. 201.

4.2. Análisis de la justificación de la medida adoptada

Llegados a este punto, la sentencia aborda el siguiente paso, esto es, si pese a ello la medida podría encontrarse justificada.

Al respecto, comienza analizando si cuestiones de índole presupuestaria podrían justificar, por sí mismas, una discriminación por razón de sexo. Esta cuestión fue resuelta hace ya veinte años. Ya en la STJUE de 6 de abril de 2000, asunto C-226/98, caso *Jørgensen* (ECLI:EU:C:2000:191), se señalaba que la seguridad presupuestaria no podía amparar la adopción de una medida que perjudicase a un mayor número de mujeres que de hombres. El planteamiento que subyace a dicha reflexión es claro: la construcción económica de la Unión no puede realizarse a costa de los derechos fundamentales de sus ciudadanos.

En definitiva, se parte de una consideración que no podemos más que compartir: precisamente por existir una situación de desigualdad sistémica, su corrección difícilmente podrá realizarse mediante el empleo de normas asépticas, sino que en algunos casos requerirá de la adopción de medidas que supongan tomar partido de forma activa e, incluso, un coste económico.

Por este motivo, no puede aceptarse que las limitaciones presupuestarias puedan justificar la discriminación. Al contrario, unos presupuestos que no estén orientados a combatirla no podrán calificarse como respetuosos con los principios de la Unión, quedando así “contaminados” por las propias desigualdades del sistema. Este es el criterio seguido por la sentencia comentada, que parte de esta posición y rechaza acertadamente que la contención presupuestaria pueda justificar una situación de discriminación indirecta.

Seguidamente, recuerda que la política social es competencia de los Estados miembros, que disponen de un margen de apreciación razonable en lo que respecta a la naturaleza de las medidas de protección social y a sus modalidades concretas de ejecución. Asimismo, especifica que dentro de tales medidas considera incluido el establecimiento de un determinado complemento a mínimos.

Sin embargo, a continuación la sentencia adopta su posición más discutible. Comienza señalando que la adopción de tales medidas no infringirá el principio de igualdad de trato si responde a un fin legítimo de política social, ajeno a cualquier discriminación por razón de sexo. En particular, destaca que el objetivo perseguido en este caso es el de alcanzar un equilibrio sostenible entre la duración de la vida profesional y la duración de la jubilación, con el propósito de asegurar la adecuación y viabilidad del sistema de protección para la vejez. De esta manera, considera que la ausencia del precepto cuestionado tendría efectos perjudiciales para tales objetivos, en tanto que permitiría que se accediese a la situación de jubilación anticipada, anticipando así el final de la vida activa y sin que ello implicase una correlativa reducción del importe de la pensión. Por lo tanto, aclara que “en principio” (y es necesario remarcar esta locución) tales objetivos pueden justificar una eventual diferencia de trato.

Por último, aborda la necesidad de proporcionalidad de la medida. Para ello tiene en cuenta los siguientes aspectos: en primer lugar, que es de aplicación a la totalidad de trabajadores (y no solo a

las mujeres); en segundo lugar, que solo impide el acceso a la jubilación anticipada a aquellas personas cuya pensión implique la concesión del complemento a mínimos; en tercer lugar, que la exclusión no se aplica a los supuestos en que la jubilación proceda de una situación de reestructuración; y, por último, entiende que no cabría adoptar una medida diferente (por ejemplo, consistente en la exclusión para estos supuestos del complemento a mínimos) sin que se viese afectado el objetivo de política social perseguido: el aseguramiento en todo caso de una prestación de una cuantía mínima.

A nuestro juicio, el esfuerzo argumentativo de la sentencia esconde un déficit importante. Asume que el objetivo de prolongar la vida activa de esas personas justifica la denegación de prestaciones a quienes necesitarían un complemento para obtener la prestación mínima, lo que se conecta con la sostenibilidad del sistema de pensiones públicas. Sin embargo, esa tesis implica que la preservación del sistema se sustente sobre una denegación de derechos que afectará fundamentalmente a las mujeres, que serán quienes se verán obligadas a trabajar más años (y por prestaciones más reducidas, como ya ha tenido oportunidad de valorar en otras ocasiones el TJUE). De este modo, no deja de asegurarse la estabilidad financiera de la UE a costa de los derechos de la mitad de la población.

Además, puede apreciarse que el TJUE relaja los criterios para apreciar la existencia de discriminación en los ámbitos donde entran en juego las medidas de política social de los Estados Miembros. De este modo, se abre la puerta a que el diseño de tales políticas dé lugar a situaciones de flagrante desigualdad como aquella ante la que nos encontramos.

Por último, y significativamente, uno de los criterios considerados por el TJUE consiste en que esta medida se aplica a los supuestos en que la jubilación es voluntaria, y no cuando esta se produce por una causa ajena a su voluntad, como sería una reestructuración empresarial. Parte así de una premisa errónea: que las trabajadoras que acceden voluntariamente a la jubilación anticipada lo hacen desde una situación de empleo. Desgraciadamente, la realidad suele ser muy distinta. Habría resultado muy conveniente analizar qué porcentaje de trabajadores que no cumplen dicho requisito se encuentran empleadas en los últimos años de su vida laboral. De esta manera, se habría podido poner en cuestión la consideración de la proporcionalidad de la medida.

4.3. Un apunte final

Lamentablemente, el TJUE ha perdido una gran oportunidad para poner en valor la vigencia del derecho a la igualdad entre hombres y mujeres.

En los últimos años, se habían adoptado numerosas resoluciones que iban en esta línea, como es el caso de la STJUE de 22 de noviembre de 2012, C-385/11, asunto Elbal Moreno (ECLI:EU:C:2012:746), que aprecia la existencia de discriminación indirecta por razón de sexo en la regulación del tiempo de cotización necesario para acceder a una prestación, o de la STJUE de 8 de mayo de 2019, C-161/18, asunto Villar Láiz (ECLI:EU:C:2019:382), que hace lo propio en cuanto a la norma que regula el cálculo de la pensión a tiempo parcial.

JUBILACIÓN ANTICIPADA DE MUJERES CON PENSIÓN INFERIOR A LA MÍNIMA

Sin embargo, en este caso se ha optado por una decisión mucho más restrictiva, que da la sensación de desandar el camino recorrido, al aceptar la licitud de una norma que hace que las mujeres lo tengan más difícil para acceder al mismo derecho, esto es, a la jubilación anticipada, así como a las correspondientes prestaciones públicas.

Se trata de una decisión difícil de comprender, especialmente conociendo la realidad de nuestras relaciones laborales, caracterizadas por una precarización que afecta en especial al empleo femenino. Probablemente, podríamos llegar a comprender esta sentencia si no fuésemos conscientes de que la regulación en materia de igualdad se encuentra muy lejos de obtener sus objetivos. Sin embargo, la constatación de que serán especialmente las mujeres quienes se ven afectadas por unas condiciones muy alejadas de las previstas en la normativa (empleo sumergido, dificultades para acceder al trabajo, empleo a tiempo parcial o con reducidas retribuciones), y su traducción a la hora de determinar la cuantía de las prestaciones por jubilación, es lo que nos hace mantenernos muy alejados de la resolución comentada.

Se trata, no obstante, de aspectos que le corresponde analizar al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que tiene la última palabra. En sus manos queda que el principio de igualdad no quede relegado una vez más a una mera formulación teórica.

5. BIBLIOGRAFÍA CITADA

Rubio Sánchez, F., "Discriminación indirecta", en AA.VV. (Sánchez Trigueros, C. Dir.), *Un decenio de jurisprudencia laboral sobre la Ley de Igualdad entre mujeres y hombres*, Editorial BOE, Madrid, 2018.

INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA CLÁUSULA DE REMISIÓN DEL DELITO “CONTRA LA SEGURIDAD DE LOS TRABAJADORES” (ART. 316 DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL)

JURISPRUDENTIAL INTERPRETATION OF THE REFERRAL CLAUSE OF THE CRIME “AGAINST THE SAFETY OF WORKERS” (ART. 316 OF THE SPANISH PENAL CODE)

Silvia Patricia Gallo Cariddi

Profesora de Derecho Penal

Universidad de Buenos Aires

patricia_gallo@yahoo.com ORCID [0000-0002-4772-7579](https://orcid.org/0000-0002-4772-7579)

Recepción de trabajo: 09-02-2021 - Aceptación: 30-03-2021

- 1. INTRODUCCIÓN: ESTRUCTURA TÍPICA DEL ART. 316 DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL.
- 2. EXÉGESIS JURISPRUDENCIAL DE LA “CLÁUSULA DE REMISIÓN”. ANÁLISIS DE LA DISTINCIÓN ENTRE “PELIGRO GRAVE PENAL” Y “PELIGRO GRAVE ADMINISTRATIVO”. ■ 3. SOLUCIÓN PROPUESTA ANTE LA IMPOSIBILIDAD DE DISTINGUIR EL “PELIGRO GRAVE PENAL” DEL “PELIGRO GRAVE ADMINISTRATIVO”. REMISIÓN A CUALQUIER INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA. ■ 4. A MODO DE CONCLUSIÓN. ■ 5. BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN

En el presente artículo se estudia, en el marco de la estructura típica compleja del art. 316 del Código Penal español (delito contra la seguridad de los trabajadores), la relación entre el “peligro (grave) penal” exigido por el tipo y el “peligro (grave) administrativo”, consecuencia de la infracción administrativa, a la que remite el precepto, en su carácter de “norma penal en blanco”. Se analizan diferentes posturas jurisprudenciales.

PALABRAS CLAVE: peligro administrativo, peligro grave, infracción administrativa, cláusula de remisión.

ABSTRACT

This article studies, within the framework of the typical complex structure of art. 316 of the Spanish penal Code (crime against the safety of workers), the relationship between the “(serious) criminal danger” required by the type and the “(serious) administrative danger”, consequence of the administrative offense, to which the precept refers, in its character as a “blank criminal norm”. Different jurisprudential positions are analyzed.

KEYWORDS: administrative danger, serious danger, administrative offense, referral clause.

1. INTRODUCCIÓN: ESTRUCTURA TÍPICA DEL ART. 316 DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

El delito “contra la seguridad de los trabajadores” está previsto en el art. 316 del Código Penal español, cuyo tenor literal es el siguiente: *“Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses”*.¹

El primer interrogante que surge del tipo penal transcrito es el referido a qué peligro (“peligro grave” en términos típicos) quiso abarcar el legislador en el precepto.

Si se tiene en cuenta que la actividad laboral es generalmente peligrosa² pero necesaria desde el punto de vista socio-económico, y por ende, el ordenamiento jurídico (laboral/administrativo) permite su desarrollo con cierto nivel de riesgo (riesgo permitido), claramente no será el riesgo propio (estructural) del proceso productivo el penalmente relevante, porque implicaría una contradicción con lo previsto en otro sector jurídico, sino un riesgo excedente.³

Que el riesgo típico es “excedente”, quiere decir que debe ser *superior* a otro, esto es, superior al riesgo permitido laboral. Entonces el riesgo está enmarcado en la estructura típica por una cláusula (de mínima) que marca el piso o nivel inferior y por otra cláusula (de máxima) que determina las circunstancias definitorias de ese “exceso”, que representa el riesgo penalmente relevante, que alude a un determinado estadio de evolución del riesgo y que se concreta en la expresión “peligro grave”.

La cláusula “de mínima” se corresponde con la exigencia referida a la “infracción de la norma de prevención.” Esta cláusula cumple una función importante porque respeta el principio de unidad

1 Por su parte, la versión imprudente del delito (art. 317) establece que: *“Cuando el delito a que se refiere el artículo anterior se cometa por imprudencia grave, será castigado con la pena inferior en grado.”*

2 Por ejemplo la minería, industria de la construcción, industria agropecuaria, etc.

3 Aceptada la necesidad de intervención administrativa en la protección laboral, con carácter preferente desde su perspectiva preventiva, representan un límite a la amenaza penal los comportamientos que se toleran en dicho ámbito jurídico, evitando de ese modo contradicciones en el orden jurídico. De ahí que no pueda prohibirse penalmente lo que administrativamente está permitido. En ese sentido, *“La política criminal forma parte de la política legislativa general, con la consecuencia práctica de que siempre han de intentar coordinarse los diferentes sectores del ordenamiento para que todos los conjuntos normativos que incidan en una misma realidad se edifiquen sobre un claro conocimiento de la misma y tiendan hacia metas, si no idénticas, sí al menos armónicas.”* (De la Mata Barranco, N., *Protección penal del ambiente y accesoriadad administrativa*, Barcelona, 1996, pp. 69/70).

del ordenamiento jurídico, en la medida que evita las contradicciones entre el Derecho penal y Derecho administrativo y reduce las posibilidades de que el primero prohíba conductas permitidas por el segundo.

En cuanto a la segunda cláusula (de máxima), esta ayuda a definir al riesgo excedente del permitido (desvalorado penalmente) señalando su estadio de evolución, es decir, el “momento del riesgo” que el tipo considera penalmente relevante y que se traduce en términos de la técnica de tipificación, en la clase de peligro prevista (abstracto, abstracto-concreto o concreto).

Además, para una mayor eficacia en su aplicación y también en aras de lograr una mayor seguridad jurídica, el tipo incluye determinadas precisiones sobre el comportamiento típico, que refieran a circunstancias o modalidades de conducta con relación al origen del riesgo. Es decir, que el precepto, además de exigir la infracción de la norma de prevención y de determinar el riesgo penalmente relevante y su estadio de evolución define y abarca sólo algunas maneras posibles de configurar el riesgo prohibido.

La idea de esta “especificación” es seleccionar aquellas modalidades de conducta, susceptibles realmente de generar los riesgos más graves. Esta fórmula de “especificación de la conducta” representa un elemento indispensable para evitar la posible lesión del principio de legalidad (en su faceta *lex certa*) frente a la técnica de la ley penal en blanco y, en ese sentido, otorgar mayor seguridad jurídica al empresario, quien de ese modo, podrá conocer de antemano qué infracciones administrativas integran el catálogo de las abarcadas por el delito (si se cumple también con el plus del peligro grave en el caso concreto) y además facilita la labor del juez, mediante esa “primera selección” efectuada por el legislador.

En resumen, la estructura del tipo penal del art. 316 está integrada por tres elementos básicos: una cláusula de remisión (o “de bloqueo”), que exige la infracción de la norma de prevención laboral, cuya misión es bloquear la tipicidad penal cuando, a pesar de haberse creado un peligro grave, no hay infracción administrativa; una cláusula de “nivelación penal del peligro”, en tanto su función es nivelar el riesgo a lo que el Derecho penal considera relevante (exigencia de “peligro grave”) y una cláusula de “especificación de la conducta”, que define y abarca sólo algunas maneras posibles de configurar el riesgo prohibido (“no faciliten los medios necesarios”).

En el contexto delineado puede apreciarse entonces que el art 316 exige un “peligro (grave) penal” que no coincide con el “peligro (grave) administrativo” (consecuencia de la infracción administrativa). Ahora bien, ¿cuál es la relación entre ambos “graves”? ¿hay entre estos conceptos una diferencia cualitativa (diferente naturaleza) o meramente cuantitativa (igual naturaleza)?. La respuesta a este interrogante es esencial para lograr una adecuada interpretación del precepto penal. A lo largo del presente trabajo, se expondrá y analizará la postura de la jurisprudencia sobre el punto, y, luego de fundamentar una posición diferente, se propondrá una interpretación superadora.

2. EXÉGESIS JURISPRUDENCIAL DE LA “CLÁUSULA DE REMISIÓN”. ANÁLISIS DE LA DISTINCIÓN ENTRE “PELIGRO GRAVE PENAL” Y “PELIGRO GRAVE ADMINISTRATIVO”

La respuesta al interrogante planteado está asociada a las dos posibles interpretaciones que cabe darle a la cláusula de remisión: “con infracción de las normas de prevención”, que convierte al art. 316 en una “norma penal en blanco”:

1. Cualquier infracción del orden extrapenal puede completar esa exigencia típica; así serían los demás requisitos típicos —especialmente, la cláusula de nivelación del peligro al penalmente relevante (“peligro grave”)— los encargados de establecer la diferencia esencial del delito respecto de los ilícitos administrativos (“graves” de diferente naturaleza).
2. Sólo integran el delito de peligro ciertas infracciones administrativas; aquellas que según la normativa extrapenal revisten una determinada gravedad —“graves o muy graves”, en los términos de la Ley sobre infracciones y sanciones en el Orden Social (LISOS)— (“graves” de igual naturaleza).⁴

4 El solapamiento entre el art. 316 y la norma administrativa, se produce respecto de los siguientes incisos de los arts. 12 y 13 de la LISOS: art. 12 (infracciones graves): 9. La superación de los límites de exposición a los agentes nocivos que, conforme a la normativa sobre prevención de riesgos laborales, origine riesgo de daños graves para la seguridad y salud de los trabajadores, sin adoptar las medidas preventivas adecuadas, salvo que se trate de infracción muy grave conforme al artículo siguiente; 16. Las que supongan incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, siempre que dicho incumplimiento cree un riesgo grave para la integridad física o la salud de los trabajadores afectados y especialmente en materia de: a) Comunicación a la autoridad laboral, cuando legalmente proceda, de las sustancias, agentes físicos, químicos y biológicos, o procesos utilizados en las empresas, b) Diseño, elección, instalación, disposición, utilización y mantenimiento de los lugares de trabajo, herramientas, maquinaria y equipos, c) Prohibiciones o limitaciones respecto de operaciones, procesos y uso de agentes físicos, químicos y biológicos en los lugares de trabajo, f) Medidas de protección colectiva o individual, g) Señalización de seguridad y etiquetado y envasado de sustancias peligrosas, en cuanto éstas se manipulen o empleen en el proceso productivo; 23. En el ámbito de aplicación del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción: a) Incumplir la obligación de elaborar el plan de seguridad y salud en el trabajo con el alcance y contenido establecidos en la normativa de prevención de riesgos laborales, en particular por carecer de un contenido real y adecuado a los riesgos específicos para la seguridad y la salud de los trabajadores de la obra o por no adaptarse a las características particulares de las actividades o los procedimientos desarrollados o del entorno de los puestos de trabajo, b) Incumplir la obligación de realizar el seguimiento del plan de seguridad y salud en el trabajo, con el alcance y contenido establecidos en la normativa de prevención de riesgos laborales; 24. En el ámbito de aplicación del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción, el incumplimiento de las siguientes obligaciones correspondientes al promotor: a) No designar los coordinadores en materia de seguridad y salud cuando ello sea preceptivo, b) Incumplir la obligación de que se elabore el estudio o, en su caso, el estudio básico de seguridad y salud, cuando ello sea preceptivo, con el alcance y contenido establecidos en la normativa de prevención de riesgos laborales, o cuando tales estudios presenten deficiencias o carencias significativas y graves en relación con la seguridad y la salud en la obra, c) No adoptar las medidas necesarias para garantizar, en la forma y

Esta segunda tesis, es seguida por una importante corriente jurisprudencial que sostiene que no basta cualquier infracción administrativa para configurar al delito del art. 316, porque este exige que la norma de seguridad infringida debe poner en peligro grave la vida, salud o integridad física de los trabajadores, lo que nos envía a infracciones graves de la normativa laboral que lleven consigo tal creación de grave riesgo. En este sentido, esta doctrina judicial ha destacado que *“Otra concepción en la línea de bastar para la integración del tipo penal de cualquier infracción de normas de seguridad, extendería indebidamente la respuesta penal en niveles incompatibles con el principio de mínima intervención y de seguridad jurídica... Se está en consecuencia ante una infracción de una norma de seguridad que se ha reconvertido en tipo penal por la mayor lesividad que aquella infracción conlleva para el bien jurídico de la vida, salud o integridad del colectivo de trabajadores”*.⁵

Ahora bien, esta interpretación que equipara el elemento típico “infracción de la norma de prevención” con la “infracción administrativa grave”, es inviable si parte de la identificación “cuantitativa” entre peligro grave penal y peligro grave administrativo, porque ello conduciría a anular una de las cláusulas del tipo (la de nivelación del peligro al peligro penalmente relevante) y a considerar al art. 316 como un delito de accesoriadad totalmente dependiente.

con el alcance y contenido previstos en la normativa de prevención, que los empresarios que desarrollan actividades en la obra reciban la información y las instrucciones adecuadas sobre los riesgos y las medidas de protección, prevención y emergencia, d) No cumplir los coordinadores en materia de seguridad y salud las obligaciones establecidas en el artículo 9 del Real Decreto 1627/1997 como consecuencia de su falta de presencia, dedicación o actividad en la obra, e) No cumplir los coordinadores en materia de seguridad y salud las obligaciones, distintas de las citadas en los párrafos anteriores, establecidas en la normativa de prevención de riesgos laborales cuando tales incumplimientos tengan o puedan tener repercusión grave en relación con la seguridad y salud en la obra.

Artículo 13 (Infracciones muy graves): 1. No observar las normas específicas en materia de protección de la seguridad y la salud de las trabajadoras durante los períodos de embarazo y lactancia; 2. No observar las normas específicas en materia de protección de la seguridad y la salud de los menores; 3. No paralizar ni suspender de forma inmediata, a requerimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, los trabajos que se realicen sin observar la normativa sobre prevención de riesgos laborales y que, a juicio de la Inspección, impliquen la existencia de un *riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores*, o reanudar los trabajos sin haber subsanado previamente las causas que motivaron la paralización; 4. La adscripción de los trabajadores a puestos de trabajo cuyas condiciones fuesen incompatibles con sus características personales conocidas o que se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo, así como la dedicación de aquéllos a la realización de tareas sin tomar en consideración sus capacidades profesionales en materia de seguridad y salud en el trabajo, cuando de ello se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores; 6 Superar los límites de exposición a los agentes nocivos que, conforme a la normativa sobre prevención de riesgos laborales, originen riesgos de daños para la salud de los trabajadores sin adoptar las medidas preventivas adecuadas, cuando se trate de riesgos graves e inminentes y 10. No adoptar cualesquiera otras medidas preventivas aplicables a las condiciones de trabajo en ejecución de la normativa sobre prevención de riesgos laborales de las que se derive un *riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores*.

5 Este párrafo se repite en varias sentencias de las Audiencias Provinciales, que acogen la línea que en este sentido ha marcado la sentencia del TS 1. 29/07/02, entre ellas: SAP Almería 3º. 7/09/05; SAP Madrid 2º.20/07/06; SAP Vizcaya 1º.13/09/07; SAP Burgos 1º. 27/02/12; SAP Madrid 1º. 19/07/12; SAP Cádiz 8º. 30/05/12; SAP Madrid 3º. 31/05/12, SAP Logroño 1º, 21/12/18; SAP Castellón 1º, 20/05/19, entre muchas otras. Siguen también esta línea: SAP Pontevedra 5º, 31/07/18.

En base a ello, sólo podría sustentarse esa exégesis de la cláusula de remisión (“con infracción grave de la norma de prevención”) partiendo de la posibilidad de distinguir dos niveles de gravedad respecto de ambos peligros, esto es, que el “peligro grave penal” es más grave que el “peligro grave administrativo”.

A continuación se analizará si es cierta (correcta) esa hipótesis: “El peligro penal es más grave —en la misma línea— que el peligro administrativo”.

Una manera posible de sustentar esta afirmación sería interpretar al peligro administrativo como peligro abstracto y al peligro penal como concreto. Creo que este es el razonamiento que está detrás de la postura doctrinal —y judicial— casi unánime de la interpretación del art. 316 como delito de peligro concreto.⁶ Sin embargo, esta exegesis se enfrenta con el siguiente escollo: la norma de prevención (LISOS) habla de “peligro grave e inminente”, por lo que el peligro administrativo puede ser interpretado también como concreto.

En efecto, el concepto de “inminencia” —definido en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL)— no permite descartar que las infracciones graves y muy graves refieran al peligro concreto. En este sentido, nótese que el art. 4.4 LPRL dispone que: “Se entenderá como “riesgo laboral grave e inminente” aquel que resulte probable racionalmente que se materialice en un futuro inmediato y pueda suponer un daño grave para la salud de los trabajadores.”⁷

Por otra parte, el criterio de “gravedad” del peligro en el orden administrativo definido por la LPRL, no parece ser diferente al penal, ya que en su art. 4.2, establece que “Se entenderá como “riesgo laboral” la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo. Para calificar un riesgo desde el punto de vista de su gravedad, se valorarán conjuntamente la probabilidad de que se produzca el daño y la severidad del mismo”.⁸

6 Ver sobre este punto; Gallo, P., Riesgos Penales Laborales, Buenos Aires, 2018, pp. 243 y ss.

7 Para terminar de complicar el panorama, el criterio de la inminencia —propio del peligro concreto— se ha sostenido jurisprudencialmente para distinguir entre la falta administrativa grave y la muy grave. En esa dirección se ha señalado que esa diferencia radica “en la inminencia del riesgo creado, apelando a criterios de experiencia, lógica y puramente técnicos para determinar la existencia de esa inminencia” (STS, sala de lo Contencioso-Administrativo, 12/11/2001(RJ, 2002, 1769). En ese caso, se confirma la consideración de infracción como “muy grave”, de aquella conducta empresarial que se plasma en permitir que los operarios desarrollen su labor “sobre un tejado resbaladizo y en pendiente de planchas de uralita, sin la existencia de tableros de paso preceptivos ni la posibilidad de utilizar con eficacia los cinturones de seguridad” (Pérez Capitán, L., La actuación administrativa en materia de prevención de riesgos laborales, en Siniestralidad laboral y Derecho penal, Cuadernos de Derecho Judicial, n° 15, 2005, pp. 290/91 y nota 36). Como puede verse, con esa descripción, seguramente esa conducta hubiera sido encuadrada en el art 316 en sede penal, o sea que “muy grave” en el orden administrativo, es indistinguible del peligro concreto (penal). En referencia al derogado art 47.16 LPRL, Arroyo Zapatero señala que la distinción entre esa infracción grave y las muy graves, radica tan sólo en que esta última requiere que el riesgo, además de grave sea “inminente”, calificativo que vale tanto como decir “riesgo grave”, con alta probabilidad de realizarse en lesión de modo inmediato y directo (Manual del Derecho penal del trabajo, Barcelona, 1988, pp. 293 y ss.).

8 Ver en este sentido lo desarrollado en Gallo, Riesgos Penales Laborales, pp. 625 y ss.

Lozano Lares critica que la gravedad del riesgo laboral desde el punto de vista administrativo, se califique mediante la presencia conjunta de estos

Como puede verse, en el marco descripto, es prácticamente imposible distinguir cuantitativamente la gravedad penal y la gravedad administrativa del peligro.

Recapitulando, el elemento típico "infracción de la norma de prevención" del art. 316, admite dos interpretaciones posibles: a. Que se integra con cualquier infracción y b. Que se integra sólo con las infracciones administrativas graves (y muy graves).

La segunda opción seguida por la doctrina judicial señalada, parece ser la correcta por ser compatible con una "teoría diferenciadora cuantitativa"⁹, pero requiere que se cumplan dos hipótesis: que ambos peligros graves —administrativo y penal— respondan a un mismo criterio de determinación y que se pueda diferenciar cuantitativamente entre ellos, dos niveles de gravedad (el peligro penal es más grave, en la misma línea, que el peligro administrativo).

Ahora bien, según lo expuesto previamente, cabe concluir que se cumple el primer requisito, pero no el segundo.

En efecto, debido al modo en el que la normativa extrapenal ha definido los conceptos claves (peligro, gravedad, inminencia), no existe un criterio, desde el punto de vista semántico que permita delimitar cuantitativamente el peligro grave penalmente relevante del peligro grave —y muy grave— concebido en el orden administrativo/laboral.¹⁰

dos parámetros valorativos tan dispares entre sí, "la probabilidad de que se produzca el daño" y la "severidad del mismo", con los siguientes argumentos: Si tenemos en cuenta que el riesgo es la posibilidad de que se produzca un daño y el término probabilidad es definido por el diccionario como aquello sobre lo que "hay buenas razones para creer que se verificará", poco puede objetarse a la consideración de la mayor o menor probabilidad del daño como elemento de valoración de la gravedad del riesgo, si lo que quiere darse a entender es que entre el riesgo (potencia) y el daño (acto) hay grados o niveles intermedios de potencialidad lesiva. Resulta claro que el riesgo podrá ser más o menos grave —o sea, tendrá una mayor o menor potencialidad lesiva— en función de su mayor o menor probabilidad de materialización, por lo que incluso, cabría hacer una escala que fuera desde la mera posibilidad hasta la suma probabilidad, caracterizada ésta por la verosimilitud o certeza de la actualización del potencial lesivo del riesgo (el autor señala que la *probabilidad*, que es más que la mera *posibilidad*; la noción de posibilidad descansa sobre la previsibilidad razonable de un evento dañoso, que debe tener un hombre medio, conocedor de la experiencia: el "riesgo laboral" sin más, es mera posibilidad). Pero no puede decirse lo mismo del segundo de los elementos de valoración introducidos por el art. 4.2º LPRL, puesto que la "severidad del daño" es algo que sólo podrá verificarse *a posteriori*, una vez que el daño se materialice. De ese modo, se estaría deslizando una concepción contradictoria con la propia noción de riesgo laboral de la que parte el precepto, puesto que se tiende a poner el acento más en el daño, que en el riesgo mismo. Ese parámetro de gravedad es más propio del cálculo actuarial típico de las operaciones de seguro, que de las técnicas de prevención, lo que induce a confusión si se interpreta de modo que se desdibuje la frontera entre la vertiente preventiva y reparadora del tratamiento técnico-jurídico de la siniestralidad laboral. La existencia del peligro sigue siendo una realidad potencial aun no materializada en un daño concreto, de ahí que lo verdaderamente relevante a efectos preventivos sea la neutralización de ese riesgo devenido en peligro con absoluta independencia de las características, manifestación o gravedad del daño previsible. Si el peligro existe, si el riesgo es inminente y su materialización es probable en un futuro inmediato porque no hay suficientes o eficaces medidas de seguridad, resulta evidente que eso *por sí solo es ya una situación intolerable que ha de ser combatida sin detenerse a valorar la gravedad del daño que su actualización efectiva pudiera provocar* (*El tratamiento jurídico de la siniestralidad laboral*, Madrid, 2015, pp. 50/52).

9 Sobre el punto ver Gallo, Riesgos Penales Laborales, pp. 524 y ss.

10 Compañy Catalá realiza un análisis comparativo entre el delito del art. 316 y las infracciones administrativas contenidas en los arts. 12 y 13 de la LISOS, estableciendo concretamente en qué supuestos el legislador ha incumplido su obligación de legislar correctamente para evitar casos de *ne bis in idem*.

De todo ello resulta, que la identificación del elemento típico “infracción de la norma de prevención” del art. 316 con las infracciones administrativas graves, es inviable en la práctica por el alto grado de superposición entre las infracciones laborales/administrativas graves y el delito del art. 316, que ha llevado a expresar que este precepto “*está ciertamente redactado “de espaldas” al derecho sustantivo laboral*”.¹¹

En este contexto, es necesario brindar una solución interpretativa de la cláusula de remisión, que tenga en cuenta esta relación casi “simbiótica” entre ambos aspectos del *ius puniendi* y que sea superadora de la exégesis de la corriente jurisprudencial a la que se ha hecho referencia.

En ese estudio señala que los arts. 12.9, 12.16 a), b), c), f), g), 12.23, a) y b), 12.24 a), b) y e), recogen supuestos que entran de lleno en el terreno del delito, demostrando el error del legislador a la hora de su regulación. En particular, el art. 12.9, presenta una coincidencia casi total con el art. 316. Respecto del párrafo 23 del art. 12, señala que lo que se tipifica a lo largo de las letras enumeradas, no es más que un relleno del elemento “medios” del tipo penal, es decir una descripción de posibilidades o conductas empresariales susceptibles de ser tenidas en cuenta como medios, pudiendo verse allí la tendencia de la Administración a no dejar espacios vacíos, es decir, si el intérprete penal decide que dichas conductas no son “medios” y por lo tanto son atípicas, ahí está la Administración para evitar que queden del todo impune. Esto teóricamente, ya que en la práctica es posible que se aplique antes la infracción administrativa. Con relación al apartado 24, las conductas allí tipificadas, son consideradas por el autor, como delictivas y punibles a través de los arts. 316, 317 y 318 del Código Penal. En cuanto al art. 13.3 LISOS —infracciones muy graves— el autor reflexiona lo siguiente: si se llevan a cabo trabajos sin prevención de riesgos laborales que ponen en peligro grave la vida o la integridad física de los trabajadores, hay delito del art. 316 y por lo tanto, obligación de la Inspección de Trabajo de dar traslado inmediato al Ministerio Fiscal conforme lo establecido en el art. 3.2 LISOS. El art. 13.4 muestra incompatibilidad total con el art. 316. El art. 13.6 es igual al art. 12.9, añadiendo solamente la inminencia del daño, provocando así la absoluta imposibilidad de interpretación alguna para evitar incurrir en *ne bis in idem* en caso de aplicarse. Por último, el art. 13.10, con la obsesión sobre evitar las lagunas de impunidad, sería una cláusula de cierre y la única forma posible de interpretación, pasa por prescindir de su existencia (*La protección penal de la seguridad y salud en el trabajo*, Tesis doctoral UPF, Barcelona, 2009, pp. 229/37).

- 11 En ese sentido, Arroyo Zapatero señala que si se produce una concurrencia normativa entre el tipo penal (art. 316) y los tipos administrativos muy graves, ni siquiera se puede intentar una segmentación a partir de la condición dolosa del delito, relegando a las infracciones administrativas, las conductas de creación imprudente del riesgo, pues el art. 317 tipifica penalmente también la comisión imprudente del tipo objetivo del delito doloso contra la seguridad en el trabajo. Nos encontramos en este ámbito ante una relación entre la legislación administrativa y la penal, perfectamente tradicional en el Derecho español y radicalmente censurable: el legislador administrativo laboral y el penal han operado “uno a espaldas del otro”, respecto de los arts. 316 y 317 y la LPRL, piezas legislativas producidas, además, simultáneamente. Desde el punto de vista de la teoría de la legislación, constituye un ejemplo manifiesto de técnicas legislativa gravemente errónea (*Manual...*, pp. 307/308).

3. SOLUCIÓN PROPUESTA ANTE LA IMPOSIBILIDAD DE DISTINGUIR EL “PELIGRO GRAVE PENAL” DEL “PELIGRO GRAVE ADMINISTRATIVO”. REMISIÓN A CUALQUIER INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA

En mi opinión, y con base en las consideraciones antes expresadas, creo que el único modo de compatibilizar los dos ordenamientos sancionatorios (administrativo/laboral y penal), es interpretar que el elemento típico “infracción de la norma de prevención” se integra con cualquier infracción administrativa.

Esto se traduce en la consideración de la fórmula de remisión como un elemento “aséptico” desde el punto de vista del peligro, esto es, donde el peligro como elemento configurador de la infracción administrativa (o de su gravedad) no debe tenerse en cuenta. Es decir, la fórmula “con infracción de la norma de prevención” es un elemento típico totalmente ajeno al concepto de peligro penalmente relevante. En este sentido, se ha dicho que este requisito constituye únicamente un “límite externo” que ha colocado el legislador para que la conducta sea típica, y que reduce las posibilidades de intervención del Derecho penal para castigar los ataques contra la seguridad e higiene en el trabajo.¹² Conforme a dicha exégesis, la función de delimitación del peligro típico está a cargo de la cláusula de nivelación del peligro (“peligro grave”, penalmente relevante) y también, aunque de un modo parcial y limitado, de la cláusula de especificación de la conducta. Por eso éstas cláusulas, a diferencia de la cláusula de remisión, deben ser consideradas como “de contenido” (penal).

De este modo, se pone de manifiesto la diferente naturaleza de la cláusula de remisión y de las cláusulas de especificación y de nivelación del peligro: la primera no es una valoración, sino una constatación; por el contrario, las mencionadas en segundo término, sí constituyen elementos valorativos, que cumplen una función de “filtro” de las infracciones administrativas. Ese filtro debe ser decisión exclusiva del legislador penal —y en su medida, también del juez penal—, quienes, cada uno en el marco de su función (legislar e interpretar y aplicar el derecho), seleccionan entre todas esas contravenciones, las que tienen relevancia penal, desvinculándose de la valoración que hace la norma extrapenal sobre la gravedad del peligro (peligro grave administrativo).

En efecto, mediante la fórmula “con infracción de las normas de prevención”, el legislador penal no utiliza la “infracción” como un elemento necesario desde el punto de vista del desvalor (es decir, necesario para consignar el ataque antijurídico), sino como un instrumento imprescindible para limitar la intervención penal en la materia, esto es, desde el punto de vista prescriptivo. No se trata pues, de que sin tal elemento no fuera posible llegar a considerar una conducta disvaliosa, sino de

¹² Aguado López, S., *El delito contra la seguridad en el trabajo: artículos 316 y 317 del Código Penal*, Valencia, 2002, pp. 191/92.

que, la única forma de intervenir limitadamente en este ámbito —y con ciertas garantías de certeza— es incorporando en la ley penal, esta referencia. Así, el círculo de las conductas penalmente ilícitas queda reducido al de aquellas que den lugar a una afectación al bien jurídico, sólo de determinadas formas (establecidas en la normativa extrapenal), siendo la infracción de la norma de prevención, un medio para producir el ataque típicamente antijurídico al bien jurídico.¹³

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

Dicho lo anterior, propongo que la exégesis de la cláusula de remisión sea que en principio toda infracción administrativa (que supere el filtro de la cláusula de especificación: “no facilitar medios”) puede configurar el delito (art. 316), si se cumple con el requisito estrictamente penal del “peligro grave” —impuesto por la cláusula de nivelación del peligro—. ¹⁴ Esta interpretación no genera problemas, porque así concebida la fórmula de remisión, la infracción administrativa (sin distinción), aunque es un elemento necesario, no es determinante “per se” de la ilicitud penal porque no es una condición suficiente de la misma. De esta manera, se le otorga al incumplimiento de la norma de prevención, su verdadera dimensión: sólo como una cláusula que bloquea la tipicidad de aquellas conductas que aun cuando puedan poner en peligro grave a la salud o vida del trabajador, no serán típicas si no constituyen además un ilícito administrativo.¹⁵

¹³ Doval Pais, A., *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes penales en blanco*, Valencia, 1999, p.190. No se trata sólo de que la valoración de la infracción no vincule al juez, sino que la propia constatación de la infracción, como elemento del tipo, queda en manos de éste, que actúa con independencia de la decisión administrativa. El acta levantada por la Inspección de Trabajo, es sólo el vehículo de la *notitia criminis*, que si bien tiene certeza salvo prueba en contrario (art. 52 LISOS), en el procedimiento penal no tiene más trascendencia que el de mera denuncia de unos hechos que deberán ser probados en el juicio oral (Terradillos Basoco, J., *La siniestralidad laboral como delito*, Albacete, 2006, pp.84/85).

¹⁴ Existe una corriente jurisprudencial que coincide con esta postura: STS 2º. 26/07/00; SAP Barcelona, 7º. 27/09/04; SAP Castellón 1º. 29/12/05; SAP Pontevedra, 2º. 13/06/07; SAP Madrid, 7º. 22/10/10, entre otras. También un sector de la doctrina penal arriba a esa misma conclusión: Faraldo Cabana, C., *El delito contra la seguridad e higiene en el trabajo*, Valencia, 2013, p.126; De Vicente Martínez, R., *Seguridad en el trabajo y Derecho Penal*, Barcelona, 2001, pp.94/96; Baylos/Terradillos, *Derecho penal del trabajo*, Madrid, 1997, pp.121/122; Martínez Buján Pérez, C., *Derecho penal económico y de la empresa*, Parte Especial, Valencia 2015, pp.872.

¹⁵ Aguado López resalta que lo relevante para el bien jurídico protegido es que el peligro sea grave y no la infracción, ya que una infracción administrativa leve puede generar un peligro grave y una infracción grave, no necesariamente. “Infracción grave” es un elemento normativo pendiente de valoración o concepto jurídico indeterminado, porque el ordenamiento jurídico no nos proporciona una definición de este elemento a efectos penales. Un indicio vendría dado por los arts. 12 y 13 de la LISOS, que castigan con sanciones administrativas las infracciones graves y muy graves de las normas de seguridad e higiene, pero con ello sólo tendremos el significado de “infracción grave” en el ámbito administrativo/laboral. En el ámbito penal será necesario además, añadir la interpretación judicial para valorar si dichas infracciones administrativas pueden considerarse lo suficientemente graves para merecer respuesta penal (principio de intervención mínima). Es un concepto relativamente indeterminado porque el juez puede delimitar razonablemente qué infracciones son graves, de acuerdo con los conocimientos lógicos, técnicos y de experiencia laboral, junto con la ayuda que proporciona la definición administrativa de infracción grave y muy grave (*El delito...*, pp. 227/ 28). Compañy Catalá, brinda un ejemplo, extraído del supuesto de

A diferencia del derogado art. 348 bis a) del Código Penal español, que hacía alusión directa a la “infracción grave de la norma de prevención”¹⁶ —y de ese modo el legislador penal “se alineaba” con la valoración de la norma administrativa—, el “peligro grave” del art. 316 y el de la norma extrapenal, si bien se solapan conceptualmente, en la práctica representan dos sistemas de valoración “paralelos” que procesalmente no se interceptan, porque entra en acción el mecanismo del principio *ne bis in idem*.¹⁷ Sin embargo, a pesar de este cambio legislativo y como se viene señalando, una importante línea jurisprudencial (y doctrinaria) entiende que el art. 316, se refiere sólo a las infracciones administrativas graves.¹⁸

Ahora bien, cabe aclarar que esta contravención administrativa exigida por art. 316, consiste en un elemento típico y no en una condición objetiva de punibilidad. Ello así por cuanto, la remisión a la norma extrapenal no es simplemente un elemento formal o accidental, sino que resulta necesaria para terminar de describir la conducta prohibida.

La importancia práctica de esta distinción atañe al dolo y a la clase de error que pudiere recaer en este elemento.¹⁹ En este sentido, considero que el dolo debe abarcar sin lugar a duda, el conocimiento de la infracción administrativa. Esta interpretación es compatible con el objetivo del legislador al crear este delito de peligro: motivar al empresario a cumplir con las medidas de seguridad laboral. Sin embargo, lo que no debe abarcar el dolo es el conocimiento acerca de si se trata de una la infracción administrativa grave o muy grave.

hecho de la SAP Barcelona, 7º. 20/07/2006, en el que una infracción administrativa leve dio lugar a un peligro grave: un empresario que cumplía en general con las medidas de seguridad y que había informado adecuadamente al trabajador de los riesgos de su concreto puesto de trabajo, se retrasa en la pertinente revisión de los rodillos de la máquina, éstos se rompen y atrapan el brazo del trabajador, quien pierde su mano. En sentido similar, también, SAP Barcelona, 7º. 26/04/2004. (*La protección penal...*, pp.89/90).

16 En efecto, la gravedad se desplazó —de modo razonable— desde la infracción administrativa, hacia el peligro para la vida, integridad física o salud de los trabajadores. Así, con el texto de 1995 el legislador acoge el planteamiento realizado por la doctrina, que criticó que el calificativo “grave” viniera referido a la infracción, dado que ello resultaba irrelevante para el bien jurídico protegido y proponía que la valoración de la gravedad recayera sobre el resultado de la infracción de la normativa laboral: Arroyo Zapatero (*Manual...*, p. 162) y Lascurain Sánchez (*La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, Madrid, 1994, p. 370). El anterior art. 348 bis a), establecía que: “Los que estando legalmente obligados no exijan o faciliten los medios o procuren las condiciones para que los trabajadores desempeñen una actividad con las medidas de seguridad e higiene exigibles, con infracción grave de las normas reglamentarias y poniendo en peligro su vida o integridad física, serán castigados con la pena de arresto mayor o multa de 100.000 a 500.000 pesetas”.

17 El art. 3.2.2 LISOS dispone que: “En los supuestos en que las infracciones pudieran ser constitutivas de ilícito penal, la Administración pasará el tanto de culpa al órgano judicial competente o al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme o resolución que ponga fin al procedimiento o mientras el Ministerio Fiscal no comunique la improcedencia de iniciar o proseguir actuaciones”.

18 Ver en este sentido: Escajedo San Epifanio, L., Art. 317 del C.P.: un delito imprudente relativo a la vida, integridad física o salud de las personas, *Actualidad Penal*, Nº 38, 2000, pp. 808 y ss.; Morillas Cueva, L., *Comentarios al Código Penal Segunda época*, Cobo del Rosal (dir.), Madrid, 2006, Tomo X, Vol. 1, p. 427 y Navarro Cardoso, quien fundamenta su postura así: “en virtud de que sólo las infracciones graves y muy graves administrativas, son las que mayor relevancia material pueden tener” (*Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Valencia, 1998, p. 155).

19 Sobre este tema ver De la Mata Barranco, *Protección penal del ambiente...*, p 109 y nota 402.

5. BIBLIOGRAFÍA

- Aguado López, S., *El delito contra la seguridad en el trabajo: artículos 316 y 317 del Código Penal*, Valencia, 2002.
- Arroyo Zapatero, L., *Manual del Derecho penal del trabajo*, Barcelona, 1988.
- Baylos/Terradillos, *Derecho penal del trabajo*, Madrid, 1997.
- Compañy Catalá, J., *La protección penal de la seguridad y salud en el trabajo*, Tesis doctoral UPF, Barcelona, 2009.
- De la Mata Barranco, N., *Protección penal del ambiente y accesoriadad administrativa*, Barcelona, 1996.
- De Vicente Martínez, R., *Seguridad en el trabajo y Derecho Penal*, Barcelona, 2001.
- Doval Pais, A., *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes penales en blanco*, Valencia, 1999.
- Escajedo San Epifanio, L., Art. 317 del C.P.: un delito imprudente relativo a la vida, integridad física o salud de las personas, *Actualidad Penal*, N° 38, 2000.
- Faraldo Cabana, C., *El delito contra la seguridad e higiene en el trabajo*, Valencia, 2013.
- Gallo, P., *Riesgos Penales Laborales*, Buenos Aires, 2018.
- Lascurain Sánchez, J., *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, Madrid, 1994.
- Lozano Lares, F., *El tratamiento jurídico de la siniestralidad laboral*, Madrid, 2015.
- Martínez Buján Pérez, C., *Derecho penal económico y de la empresa, Parte Especial*, Valencia 2015.
- Morillas Cueva, L., *Comentarios al Código Penal Segunda época*, COBO del ROSAL (dir.), Madrid, 2006, Tomo X, Vol. 1.
- Navarro Cardoso, F., *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Valencia, 1998.
- Pérez Capitán, L., La actuación administrativa en materia de prevención de riesgos laborales, en *Siniestralidad laboral y Derecho penal*, *Cuadernos de Derecho Judicial*, n° 15, 2005.
- Terradillos Basoco, J., *La siniestralidad laboral como delito*, Albacete, 2006.

NUEVA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE VALORACIÓN DE EXPERIENCIA PROFESIONAL POR SERVICIOS PRESTADOS EN MUTUAS COLABORADORAS CON LA SEGURIDAD SOCIAL. Sentencia de la sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2020

NEW DOCTRINE OF THE SUPREME COURT ON THE ASSESSMENT OF PROFESSIONAL EXPERIENCE FOR THE SERVICES PROVIDED IN MUTUAL COLLABORATORS WITH SOCIAL SECURITY. Judgment of the contentious-administrative chamber of the Supreme Court of May 26, 2020

Francisco Javier Pérez Blanco

Investigador en Derecho del Trabajo y Seguridad Social

Universidad de Sevilla

fraperbla3@alum.us.es ORCID [0000-0002-1396-383X](https://orcid.org/0000-0002-1396-383X)

Recepción de trabajo: 09-02-2021 - Aceptación: 30-03-2021

- 1. INTRODUCCIÓN. 1.1. Planteamiento general. 1.2. Naturaleza jurídica de las MCSS.
- 2. RÉGIMEN JURÍDICO DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LAS MCSS. JURISPRUDENCIA RELEVANTE. 2.1. Efectos sobre las relaciones laborales derivados de la normativa presupuestaria. 2.1.1. Restricciones en materia retributiva por las Leyes de Presupuestos Generales del Estado y la normativa de crisis. 2.1.2. Limitación del derecho a la promoción profesional. 2.2. Sometimiento a los deberes de los empleados públicos. 2.3. Negociación colectiva en las MCSS. 2.4. Aplicación de los principios rectores del acceso al empleo público. ■ 3. ACCESO A EMPLEO PÚBLICO: VALORACIÓN DE LOS SERVICIOS PRESTADOS EN LAS MUTUAS. 3.1. Antecedentes jurisprudenciales. 3.2. Nueva doctrina del Tribunal Supremo. 3.3. Conclusiones. ■ 4. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

RESUMEN

Análisis de la reciente sentencia del Tribunal Supremo que fija doctrina acerca de la consideración de las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social como sanidad pública a los efectos de la valoración como mérito de los servicios prestados para las mismas en el acceso al empleo público. Aproximación a la compleja naturaleza jurídica de las mutuas, al régimen jurídico de su personal, y diferentes pronunciamientos judiciales que han determinado el interés de la cuestión para la fijación de doctrina en casación.

PALABRAS CLAVE: mérito, mutua, público, concertada, sanidad, igualdad.

ABSTRACT

Analysis of the recent judgment of the Supreme Court that establishes doctrine about the consideration of mutual collaborators with social security as public health service for the purposes of the evaluation as a merit of the services provided for them in access to public employment. Approach to the complex legal nature of mutuals, the legal regime of their staff, and different judicial pronouncements that have determined the interest of the matter for the establishment of doctrine in cassation.

KEYWORDS: merit, mutual, word, public, concerted, health, equality.

1. INTRODUCCIÓN

1.1 Planteamiento General

La reciente sentencia de la sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2020 ha fijado doctrina acerca de la controvertida posición del personal de las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social (en adelante MCSS) en aquellos supuestos en que concurre a concursos de méritos para el acceso a empleo público.

La cuestión planteada tiene su origen en las peculiares características de las MCSS, entidades que en la actualidad se encuentran integradas en el sector público estatal desarrollando funciones públicas¹, si bien nacieron a principios del siglo XX como entidades privadas para desarrollar funciones de aseguramiento ajenas al entonces inexistente sistema de Seguridad Social.

Las mutuas conservan formalmente una forma jurídica de derecho privado (asociaciones de empresarios²), a pesar de haber experimentado una profunda transformación que lleva a cuestionar la coherencia del mantenimiento de tal naturaleza originaria, toda vez que permanentemente encontramos puntos de fricción entre su carácter formalmente privado y el desarrollo de funciones propias de la Seguridad Social.

Nos encontramos ante una de las manifestaciones del fenómeno de huida del derecho administrativo, a través del cual la Administración Pública, mediante un sistema de colaboración público-privada, busca evitar la rigidez inherente al derecho público.

La adopción de formas privadas permite según la lógica de la retórica una gestión empresarial más dinámica y eficaz, liberada de todos los controles previos de carácter legal, financiero o presupuestario. Sin embargo, como efecto secundario, se produce una extensión de los principios básicos del derecho administrativo a toda clase de empresas privadas que supongan una relación funcional con las prestaciones públicas. En otras palabras, el efecto imprevisto de este fenómeno es la extensión de los principios de derecho público a las empresas privadas cuando éstas integran la órbita competencial de la Administración³.

Al igual que en otros ámbitos, esta circunstancia se proyecta sobre el régimen jurídico del personal al servicio de estas entidades, el cual desde hace años viene experimentando, del mismo modo que ocurre con la propia parte empleadora, una asimilación al régimen administrativo en múltiples aspectos, adquiriendo un estatus de carácter mixto, que deriva de su sometimiento a derecho privado, si bien intensamente influenciado por la normativa propia del empleado público.

1 Art. 80.4 LGSS.

2 Art. 80.1 LGSS.

3 Padros Reig, C y Coello Martín, C. "la extensión del concepto de empleo público a las entidades privadas". *Revista Doctrinal Aranzadi social*. Núm. 1/2013. Ed. Aranzadi.

En este contexto, se suscita la cuestión de si este fenómeno de asimilación despliega también sus efectos en el ámbito de acceso al empleo público, y en concreto se plantea la disyuntiva de si la experiencia profesional adquirida por los servicios prestados en las mutuas puede ser alegada como mérito para el acceso al empleo público, en aquellos casos en que la experiencia laboral en entidades de carácter público sea valorada según las bases de las convocatorias.

Dicho acceso debe producirse preceptivamente en condiciones de igualdad⁴ tal como establece nuestra carta magna. Si concluimos que los servicios prestados en las mutuas colaboradoras guardan un término válido de equiparación con los desarrollados en otras entidades claramente definidas como públicas, podríamos encontrarnos ante una vulneración de dicho principio. Ante aspirantes que concurren en igualdad de condiciones, haciendo valer una experiencia profesional similar, se verían discriminados en la valoración obtenida aquellos que alegan servicios prestados como empleados de una mutua.

La dinámica habitual de las bolsas de empleo de los servicios públicos de salud no es proclive a la consideración de los servicios prestados por el personal sanitario de las mutuas como mérito admisible. Las bases de las convocatorias no suelen hacer referencia específica a estas entidades, y las comisiones de valoración no admiten el carácter público de las mismas, lo cual ha determinado la judicialización de la cuestión dando lugar a resoluciones judiciales a nivel autonómico en diferentes sentidos. Dado el extenso número de afectados, y la existencia de pronunciamientos contrapuestos de los Tribunales Superiores de Justicia, ha sido estimada la existencia de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, respecto de la equiparación de los servicios sanitarios prestados en las mutuas con los que tienen lugar en centros privados concertados.

El Tribunal Supremo, para resolver la cuestión planteada y desde el orden contencioso administrativo, aborda la ubicación de las mutuas dentro del sistema de la Seguridad Social, y el carácter de los servicios prestados en las mismas para, en consecuencia, extraer la conclusión de si existe o no vulneración del principio de igualdad en la relación objeto de litigio.

Este pronunciamiento judicial se encuentra en la línea de otros pronunciamientos previos, en los que, en relación con cuestiones litigiosas de diversa índole, siempre derivadas de la invasión por parte del derecho público del derecho laboral aplicable, se procede a analizar la figura de las MCSS. Resulta conveniente, por tanto, realizar una aproximación al régimen jurídico actual de las mutuas y su personal, para posteriormente descender al análisis concreto de la sentencia objeto de estudio.

1.2 Naturaleza Jurídica de las MCSS

Se consideran MCSS aquellas asociaciones privadas de empresarios constituidas mediante autorización del Ministerio de Empleo y Seguridad Social e inscripción en el Registro especial dependiente

4 Art. 23.2 de la Constitución Española.

NUEVA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE VALORACIÓN DE EXPERIENCIA PROFESIONAL

de éste, que tienen por finalidad colaborar en la gestión de la Seguridad Social, bajo la dirección y tutela del mismo, sin ánimo de lucro y asumiendo sus asociados responsabilidad mancomunada en los supuestos y con el alcance establecidos en esta ley.⁵

Su ámbito de actuación se encuentra dentro del sistema de la Seguridad Social, con facultades en la gestión de determinadas prestaciones, sin que haya implicado un obstáculo el otorgamiento constitucional de dichas competencias a los poderes públicos⁶, posibilidad en contra de la cual se posicionó parte de la doctrina⁷. El mecanismo a través del cual se permite la participación de estas entidades en la gestión de prestaciones públicas es el de "colaboración en la gestión".

Las MCSS forman parte del sector público estatal de carácter administrativo, de conformidad con la naturaleza pública de sus funciones y de los recursos económicos que gestionan, sin perjuicio de la naturaleza privada de la entidad⁸, tal como recientemente ha establecido la propia Ley General de la Seguridad Social en su redacción dada por la Ley 35/2014 (conocida como Ley de mutuas). Dicha redacción intenta aclarar el posicionamiento de estas entidades dentro del sector público a todos los efectos, y no solo respecto de la aplicación de determinadas normas, como ocurría hasta el momento.⁹

La necesidad de tal aclaración viene dada por el origen de las MCSS, que nacieron como entidades íntegramente privadas, con el fin de subrogarse en la responsabilidad objetiva de los empresarios derivada de la ocurrencia de un accidente de trabajo, una vez que la misma fue regulada por la Ley de Accidentes de trabajo de 1900.

Su evolución histórica, cuyo análisis excede del contenido del presente artículo, ha determinado que subsistan en un régimen jurídico de Seguridad Social totalmente diferente a aquel en que fueron creadas, con carácter previo a la propia Ley de Bases de la Seguridad Social, lo cual genera múltiples contradicciones en diferentes ámbitos.

La propia forma jurídica de las mutuas se encuentra actualmente en entredicho, tal como afirma parte de la doctrina. Ya en la década de los 80 se señalaba la necesidad de precisar la naturaleza de estas entidades¹⁰. Se ha señalado que el legislador ha venido a configurar una especie de entelequia institucional de muy difícil catalogación jurídica, puesto que se trata de una entidad de naturaleza privada que, sin embargo, solo realiza funciones públicas, se financia exclusivamente con fondos

5 Art. 80.1 LGSS.

6 Dicho otorgamiento se establece en el Art. 41 Constitución Española.

7 Palomeque López, C. "Encuesta sobre la Seguridad Social Española, Papeles de Economía española nº12/13. Madrid 1982. P 433. En el mismo sentido se pronuncian en la misma encuesta Valdés DaL-Re, F. p. 440 y Montoya Melgar, A. P. 432 y Galinana Moreno, J. P. 430.

8 Art. 80.4 LGSS.

9 Las MCSS habían sido incluidas en el ámbito subjetivo de Ley General Presupuestaria, y de la Ley de Contratos del Sector Público, sin bien tan solo "a los efectos de dichas leyes".

10 Sempere Navarro, A. V. "Régimen jurídico de las Mutuas Patronales", Madrid: Civitas, 1986. p. 108.

públicos y su dinámica operativa goza de las potestades administrativas que el ordenamiento venía reservando en exclusiva a las administraciones públicas. Cabe dudar incluso si el legislador ha terminado por alumbrar una nueva figura institucional *sui generis* donde se entrecruza armónicamente lo público y lo privado sin menoscabo alguno de su doble naturaleza, o si lo que más bien ha acabado resultando es la completa publicación de unas peculiares entidades aseguradoras.¹¹

También se ha señalado que las características actuales de las mutuas quedan fuera de los elementos orgánicos que configuran la esencia del derecho de asociación. Ni su legislación especial contiene aspectos generales del régimen jurídico mínimo común de las asociaciones, ni se puede afirmar que actualmente la constitución de las mutuas obedezca a la voluntad de asociación para la defensa de fines comunes, ni es plenamente libre la adscripción a las mismas cuya constitución, además, está sujeta a la previa autorización del Ministerio, que tiene sobre ellas facultades de control, dirección y tutela, significando la retirada de su autorización la liquidación de la entidad. En este sentido se indica que la forma actual se aproxima más a la tipología de las corporaciones, en tanto que asociaciones de derecho público.¹²

Nos encontramos, en resumen, ante una figura de colaboración público-privada, orientada a desarrollar funciones públicas propias del sistema de Seguridad Social, que el legislador ha optado por mantener como ente propio de la administración instrumental, aprovechando unas formas jurídicas preexistentes, si bien ello no deja de generar considerables controversias tanto doctrinales como jurisdiccionales.

2. RÉGIMEN JURÍDICO DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LAS MCSS. JURISPRUDENCIA RELEVANTE

El estatuto básico del empleado público es la norma que, tras reconocer el papel de la contratación laboral en el sector público, sintetiza *"aquello que diferencia a quienes trabajan en el sector público administrativo, sea cual sea su relación contractual, de quienes lo hacen en el sector privado"*¹³. Tal

¹¹ Lozano Lares, F. "El régimen jurídico de las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social (I)" *Revista de información laboral*. Núm. 12/2016. Ed. Aranzadi, S.A.U.

¹² García Jimenez, M. "Perspectivas de las Mutuas a la vista de su proyectada Ley". *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Núm. 162/2014. Ed. Aranzadi, S.A.U.

¹³ Párrafo segundo de la exposición de motivos de Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público: *Partiendo del principio constitucional de que el régimen general del empleo público en nuestro país es el funcionarial, reconoce e integra la evidencia del papel creciente que en el conjunto de Administraciones Públicas viene desempeñando la contratación de personal conforme a la legislación laboral para el desempeño de determinadas tareas. En ese sentido, el Estatuto sintetiza aquello que diferencia a quienes trabajan en el sector público administrativo, sea cual sea su relación contractual, de quienes lo hacen en el sector privado.*

distinción, sin embargo, presenta dificultades dado que las administraciones pueden adoptar formas de personificación tanto de derecho público como de derecho privado.¹⁴

Dicha norma tiene por objeto establecer las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos incluidos en su ámbito de aplicación, así como determinar las normas aplicables al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas.

Son, en definitiva, las notas características del trabajo desarrollado en el sector público administrativo, y no la condición de funcionario, aquello que justifica la regulación de un estatus jurídico especial asociado a la condición de empleado público. La lógica consecuencia de la afirmación contenida en el preámbulo de la norma parece inequívoca, todo empleado del sector público administrativo debería ostentar tal estatus específico.

Sin embargo, dicho régimen jurídico no resulta tan amplio como inicialmente se proclama, toda vez que se extiende al personal funcionario y, en lo que proceda, al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas territoriales, a los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, así como al personal de las Universidades públicas¹⁵.

El personal de las MCSS, por tanto, queda excluido del ámbito de aplicación del EBEP dado que no se encuadra en ninguna de las formas de personificación indicadas en su ámbito subjetivo, al igual que ocurre con otras entidades de naturaleza privada que, sin embargo, también forman parte del más amplio concepto de sector público. Las relaciones laborales del personal al servicio de las MCSS quedan sometidas al derecho laboral ordinario¹⁶, tal como señala de forma expresa LGSS, desplazando el régimen aplicable hacia el ámbito privado.

Sin embargo, en la práctica, dicha sujeción al régimen laboral ordinario no es efectiva, toda vez que mediante la fórmula de la aplicación de medidas particulares a través de ciertas disposiciones legales¹⁷, se ha configurado un régimen jurídico que impide, de entrada, el normal ejercicio de la autonomía colectiva en la determinación de las condiciones de trabajo, ciertas condiciones quedan excluidas de la negociación o incluso se hace necesario la negociación de ciertas materias no existentes en el derecho privado. Son los principios inspiradores de la actuación pública, los que al proyectarse sobre las relaciones laborales determinan importantes especialidades respecto de la relación laboral ordinaria. Son numerosas y diversas las singularidades que de forma dispersa impregnan el régimen jurídico del personal, algunas de las cuales pasamos a analizar.

¹⁴ Acerca de los criterios para distinguir entes públicos y privados: Garrido Falla, F. "Tratado de Derecho administrativo". Técno Madrid. 1989.vol.2, 1, págs.329 y sigs

¹⁵ Art. 2.1 Estatuto Básico Empleado Público.

¹⁶ Art 88.5 LGSS.

¹⁷ Entre otras, la aplicación a las mutuas de las normativa de crisis en materia retributiva, la inclusión en el ámbito subjetivo de la Ley General Presupuestaria y de la Ley de contratos del sector público, así como la aplicación de las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado.

2.1 Efectos sobre las relaciones laborales derivados de la normativa presupuestaria

La integración de las mutuas en el sector público determina su sometimiento a la normativa presupuestaria pública, de ahí que la Ley General Presupuestaria incluya dentro de su ámbito subjetivo de aplicación a las MCSS.¹⁸

El modo en que la aplicación de dicha ley despliega efectos sobre las relaciones laborales existentes en estas entidades es heterogéneo, en concreto podemos citar las consecuencias de la aplicación de las normas de procedimiento, los efectos en materia retributiva, así como los efectos sobre el derecho a la promoción profesional.

2.1.1 Restricciones en materia retributiva impuestas por las Leyes de Presupuestos Generales del Estado y la normativa de crisis

Como consecuencia de la inclusión de las MCSS entre las entidades afectadas por la normativa de crisis en materia retributiva (esencialmente el RD-L 8/2010) se originó controversia judicial acerca de la potestad estatal para intervenir en la fijación de las retribuciones de las mutuas en cuanto que entidades privadas. Se suscitaba la duda de si se había producido una vulneración de la fuerza vinculante del convenio colectivo y, por tanto, del derecho a la negociación colectiva, como contenido esencial del de libertad sindical.¹⁹

En los procedimientos judiciales iniciados por la representación sindical en el seno de diversas MCSS²⁰ se reivindicaba la aplicación de la normativa convencional y la inconstitucionalidad de una disposición legal que dejaba sin efecto un convenio en vigor.

En el curso de dichos contenciosos la Audiencia nacional elevó cuestión de inconstitucionalidad, que resultó rechazada por ser consideradas notoriamente infundadas, remitiéndose como funda-

¹⁸ Art. 22 h) de la Ley 43/2003, de 26 de noviembre, General presupuestaria.

¹⁹ Al objeto de evitar dudas interpretativas con fecha 2-06-2010 y 17/06/2016, en su calidad de centro directivo, la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social dictó sendas resoluciones, mediante la que se ordenaba a las mutuas y sus entidades y centros mancomunados que aplicaran lo establecido en el RDL 8/2010.

²⁰ La ST del TS de 20 de mayo de 2013, REC 258/2011, desestimó el recurso de casación en el contencioso iniciado por la representación sindical contra la mutua demandada que tenía por pretensión" que se reconozca y declare el derecho de los trabajadores de *fraternidad-muprespa* sujetos al "Convenio Colectivo General de ámbito estatal para las entidades de Seguros, Reaseguros y Mutuas de Accidentes de Trabajo, años 2008 a 2011, a percibir íntegramente las retribuciones conforme a las tablas salariales de 2010, que fueron aprobadas por acuerdo de la comisión mixta paritaria de fecha 19 de enero de 2010".

La ST del TS de 9 de diciembre de 2013, REC 7/2013, desestima el recurso de casación interpuesto por la representación sindical contra la ST del TSJ de Canarias que declaraba lícita la reducción salarial por aplicación del RD-L 8/2010 en la *Mutua de Accidentes de Canarias*.

De otro lado la ST del TS de 27 de Noviembre de 2015, REC 194/2014, desestimó el recurso de casación interpuesto por la representación de los trabajadores que tenía como pretensión la declaración de nulidad de la aplicación por la *mutua montañesa* de la normativa de ajuste.

mento a las razones expuestas en otro auto anterior del Tribunal Constitucional, de 7 de junio de 2011, que analizaba cuestión similar.²¹

Dicho auto resulta de especial interés, dado que refrenda el proceso de “publicación” del derecho aplicable al personal laboral de entidades privadas integradas en el sector público, que venía produciéndose mediante la aprobación de normas específicas que se apartaban del régimen laboral ordinario.

Concluye el TC que *“los preceptos legales cuestionados no suponen una «afectación» en el sentido constitucional del término, del derecho a la negociación colectiva reconocido en el art. 37.1 CE, en cuanto ni regulan el régimen general de dicho derecho, ni la intangibilidad del convenio colectivo se configura como uno de sus elementos esenciales, por lo que no han franqueado el límite material que al decreto-ley impone el art. 86.1 CE de no afectar a los derechos, deberes y libertades del título I CE.”*.

2.1.2 Limitación del derecho a la promoción profesional

Por parte de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas quedó establecido, tal como fue transmitido a la asociación de mutuas de accidentes de trabajo, que las promociones procedentes de una reclasificación profesional automática derivada de carreras profesionales o sistemas de promociones y ascensos establecidos por convenio, no están permitidas, atendiendo a las previsiones de la masa salarial autorizada. Es decir, a través de criterios establecidos por órganos administrativos, quedan suspendidos derechos constitucionalmente declarados, así como todos los acuerdos de promoción que dimanen de la autonomía colectiva.

Esta cuestión también fue judicializada por varios sindicatos en el intento de hacer valer el derecho a la promoción profesional, respecto del cual no existe una prohibición expresa por disposición legal, sino que proviene de una imposición de facto por parte de la administración, quedando resuelta mediante sentencia del Tribunal Supremo ²² en favor, una vez más, del sometimiento de los compromisos laborales a la autorización administrativa.

2.2 Sometimiento a los deberes de los empleados públicos

La disposición adicional primera del EBEP dispone que los principios contenidos en los artículos 52, 53, 54, 55 y 59 serán de aplicación en las entidades del sector público estatal, autonómico y local, *que*

²¹ El objeto de litigio era la demanda interpuesta por varios sindicatos de trabajadores de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre (Entidad Pública Empresarial cuyo personal se rige por el derecho laboral ordinario) que recurrieron ante la Audiencia Nacional la reducción salarial impuesta por el RD-L 8/2010 y que dejaba sin efecto el incremento salarial pactado por la comisión paritaria del convenio aplicable.

²² ST del TS de 10 de marzo de 2020, REC 248/2018.

no estén incluidas en el artículo 2 del presente Estatuto y que estén definidas así en su normativa específica. De este modo se crea un ámbito específico en relación a determinadas materias, entre las que se encuentran el sometimiento a los principios éticos y código de conducta de los empleados públicos, así como el sometimiento de su actuación a los principios de objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, promoción del entorno cultural y medioambiental y respeto a la igualdad entre mujeres y hombres.

2.3 Negociación colectiva en las MCSS

La intervención estatal en esta materia se hizo evidente al ser impartidas por parte del Estado una serie de instrucciones dirigidas a las mutuas en relación con el desarrollo en éstas de procesos de negociación colectiva²³.

No se debe olvidar que el Ministerio de Empleo y Seguridad Social goza de facultades de dirección y tutela sobre las mutuas²⁴, y por tanto dichas instrucciones tienen el carácter de vinculantes para la dirección de estas entidades.

Es decir, por la vía de las instrucciones internas se compele a estas entidades a asumir el contenido de disposiciones normativas que no les son aplicables.

Como hemos comentado, desde hace años las leyes de presupuestos vienen estableciendo, además, la obligatoriedad de someter el convenio colectivo al informe favorable de las autoridades administrativas económicas y de las administraciones públicas para proceder a determinar o modificar las condiciones retributivas del personal laboral, sancionándose con nulidad aquellos convenios colectivos que se adoptasen con omisión del informe previo, que obtuvieran un informe desfavorable o que comprendieran pactos que implicasen crecimientos salariales para los ejercicios sucesivos contrarios a lo que determinasen las futuras leyes de presupuestos.

2.4 Aplicación de los principios rectores del acceso al empleo público

La ya mencionada disposición adicional primera del EBEP, crea también un ámbito específico de aplicación (dentro del cual se encuentran las MCSS) para el art. 55, que regula los principios rectores del acceso al empleo público. Dicho precepto impone el respeto del derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y obliga a la selección del personal mediante procedimientos en los que se garanticen, además, los principios de

²³ Con fecha 6 de marzo de 2015 la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social dirigió escrito de instrucciones a las mutuas estableciendo las nuevas obligaciones de éstas en materia de negociación.

²⁴ Art. 98 LGSS.

publicidad de las convocatorias y de sus bases, transparencia, imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección, independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección, adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar, y agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección.

3. ACCESO A EMPLEO PÚBLICO: VALORACIÓN DE LOS SERVICIOS PRESTADOS EN LAS MUTUAS

En este complejo contexto expuesto, tanto en lo relativo a la forma y naturaleza jurídica de las mutuas como en lo relativo al marco jurídico de las relaciones laborales del personal de estas entidades, la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2020 implica un relevante avance hacia el posicionamiento del personal de las MCSS más cerca del empleo público.

La cuestión objeto de litigio se centra en si los servicios prestados por el personal sanitario para las mutuas deben ser valorados como experiencia profesional en los concursos de méritos para el acceso al empleo en servicios públicos de salud, en aquellos supuestos en que las bases de los concursos regulan como mérito baremable, la experiencia en entidades que concertadas.

Se analiza a su vez, si la ausencia de valoración de dicho mérito implica una vulneración del principio de igualdad, que necesariamente debe imperar en el acceso al empleo público²⁵, toda vez que los demandantes de empleo afectados podrían verse discriminados respecto a otros aspirantes que aportasen experiencia similar, si bien en otras entidades integradas en el sistema sanitario público, como serían, por ejemplo, los centros privados concertados.

A tal efecto, la doctrina del Tribunal Supremo establece que para que se produzca vulneración del referido principio, es necesario que exista un término válido de equiparación, es decir, que ante situaciones de absoluta igualdad se dé un trato distinto sin justificación razonable y objetiva.

La cuestión discutida, por tanto, radica en analizar la figura de las MCSS, su naturaleza jurídica, funciones y marco jurídico y de este modo determinar si, cuando dichas entidades prestan servicios sanitarios, lo hacen en términos de igualdad con otras entidades integradas en la red sanitaria pública.

En caso de respuesta afirmativa, y ante la evidencia de existir un término válido de equiparación, el mérito deberá ser valorado, incluso aunque no se incluyan estas entidades de forma específica en las bases de la convocatoria, pues otra solución conduciría a una actuación discriminatoria.

²⁵ Acerca de la configuración por el TC del contenido concreto del derecho de igualdad: Serrano, J.B. "El acceso al empleo público en régimen laboral tras el estatuto básico del empleado público: Algunas luces y demasiadas sombras", *revista Española de Derecho Administrativo* núm. 149/2009. Civitas, 2009.

3.1 Antecedentes jurisprudenciales

En los últimos años se han ido sucediendo pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia en sentidos contrapuestos acerca de la cuestión debatida. Es por ello que el Tribunal Supremo ha estimado la cuestión como de interés para la fijación de jurisprudencia, a la vista de la disparidad de criterios y fundamentos expuestos a nivel autonómicos.

Diversos han sido los fundamentos utilizados en apoyo de la tesis contraria a la validación del mérito controvertido. En concreto, en el proceso que finalmente fue resuelto en casación, el Tribunal Superior de Justicia de Asturias argumentó que no se pueden equiparar los servicios prestados en las mutuas con quienes prestan sus servicios en centros privados concertados, y ello sobre la premisa, no discutida, de que la asistencia prestada por las mutuas forma parte de la del Servicio Nacional de Salud.

Se señala que “una cosa es la naturaleza de la prestación sanitaria como parte de los servicios integrados en el sistema Nacional de Salud, y otra diferente su gestión a través de conciertos con entidades privadas, por lo que esta prestación no es similar a la de los centros privados concertados²⁶”, y de ahí la inexistencia de término válido de equiparación.

En dicho proceso, la pretensión que hace valer la parte demandante de empleo en su recurso de apelación es la valoración del mérito por experiencia profesional como si ésta hubiera sido desarrollada en entidad *sanitaria privada concertada*. Entendemos que ello se debe a que la parte actora considera que la forma jurídico privada de la entidad en la que se prestan los servicios es lo realmente determinante en el proceso de valoración y de ahí que se opte por asimilar, a efectos de valoración de méritos, la figura de la mutua con una entidad privada concertada (que se integra en la sanidad pública a través de dicho concierto), descartando así defender la asimilación de la mutua con una verdadera entidad sanitaria pública.

Partiendo de esta pretensión, la sentencia dictada en apelación descartó la existencia de discriminación, al no ser posible la identificación de los servicios prestados en la mutua con los prestados en entidad concertada, lo cual avalaba el trato diferente, que lejos de ser injustificado o arbitrario, se justificaba plenamente por la inexistencia de un concierto con la sanidad pública, requisito imprescindible según las bases de la convocatoria. Todo ello a pesar de no ser rebatida la integración de las mutuas en el Servicio Nacional de Salud.

Por el contrario, otro de los pronunciamientos judiciales recaído sobre la materia, sí tenía como fondo del asunto la consideración de los servicios prestados en las mutuas como si hubieran sido prestados en “*instituciones sanitarias del sistema sanitario público*”²⁷, según se requería literalmente en las bases de la convocatoria. En este otro supuesto se analiza la equiparación entre los servicios prestados en las mutuas de accidentes con los prestados en los propios servicios públicos de salud.

26 ST del TSJ de Asturias (Sala de lo contencioso-administrativo), de 19 de junio de 2017, REC 87/2017.

27 ST del TSJ de Galicia (Sala de lo contencioso-Administrativo) de 17 de septiembre de 2014, REC 240/2013.

NUEVA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE VALORACIÓN DE EXPERIENCIA PROFESIONAL

En esta ocasión se desestima nuevamente la valoración del mérito propuesto, fundamentándose (de forma poco acertada) la resolución por dos motivos. En primer lugar, se arguye que no todas las mutuas prestan servicios sanitarios, calificando dicha actividad de las mutuas como “potestativa”. Se indica que, por tanto, no pueden ser equiparados los servicios prestados en estos, con los servicios prestados en centros formalmente sanitarios. En segundo lugar se indica que no es la misma experiencia la adquirida en un centro asistencial y en uno hospitalario.

Son criticables sendos argumentos, dado que es innegable que las MCSS son entidades sanitarias, sin perjuicio de que tengan legalmente atribuidas otras funciones. Las competencias de estas entidades en materia sanitaria se encuentran taxativamente recogidas en la Ley General de la Seguridad Social. De otro lado, también es reprobable la distinción entre centros asistenciales (los más frecuentes en las mutuas) y hospitalarios, toda vez que las bases del proceso de selección no mencionan tal distinción.

La sentencia referida se hace eco de otras que, a su vez, recogen otras consideraciones, para fundamentar fallos similares.

En este sentido ha sido esgrimido como argumento desestimatorio que “*las mutuas no se encuentran incluidas en la red sanitaria de utilización pública definida en el Decreto de 71/2002, de 30 de mayo, teniendo por ello un carácter privado, por ello, al ser entidades colaboradoras de la Seguridad Social, que solo podrán estar vinculadas a la Administración por medido de un concierto, sin que en ningún caso esté acreditado el mismo*²⁸”.

En otras ocasiones se ha estimado la postura de la comunidad autónoma aceptando que “*la mutua no es una institución sanitaria pública del Sistema Nacional de Salud, sino una asociación constituida por empresarios previa autorización administrativa, que colabora con la Seguridad Social*”, por lo que los servicios prestados en las mismas no pueden equipararse a los servicios prestados en Instituciones Sanitarias Públicas del Sistema Nacional de Salud²⁹.

En la misma línea se ha mantenido como fundamentos de Derecho que “*no cabe confundir ser entidad colaboradora de la Seguridad Social y formar parte del Sistema Nacional de la Salud, con ser Administración Pública. No cabe duda que las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales son entidades colaboradoras de la Seguridad Social por establecerlo así la Ley, integradas en el Sistema Nacional de Salud. Como afirma la parte apelada incluso las empresas pueden colaborar con la Seguridad Social, al igual que las asociaciones y entidades públicas y privadas y, por tal motivo, no pueden ser considerados como una Administración Pública. (...) El servicio Nacional de Salud en el que están integradas las mutuas, está formado por todas las estructuras y servicios públicos al servicio de la salud. Sin embargo dicha situación es similar a la de los centros concertados a los que se refieren los artículos 66 y 67 de la misma Ley, que siendo*

²⁸ ST del TSJ de Asturias de 10 de marzo de 2014, REC 1890/2011.

²⁹ ST del TSJ de Castilla la Mancha de 16 de mayo de 2014, REC 596/2010.

*centros privados se vinculan al Sistema Nacional de Salud mediante convenios singulares. En el caso de las mutuas la vinculación se hace por Ministerio de la Ley que autoriza su asistencia como una forma de colaboración. Sin embargo ello no significa que los centros concertados puedan ser considerados como Administración Pública, ni que los servicios prestados para ellos sean servicios prestados para la Administración Pública, aunque el receptor de la asistencia haya sido un beneficiario de la sanidad Pública. (...)*³⁰.

La redacción de la Ley General de sanidad también ha servido de fundamento para el fallo³¹. El art. 44.2 de la Ley General de Sanidad establece que “el Sistema Nacional de Salud es el conjunto de los Servicios de Salud de la Administración del Estado y de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas en los términos establecidos en la presente Ley”. La mera lectura del precepto ha sido considerado suficiente para excluir los servicios prestados por las mutuas como asimilables a los prestados en el servicio nacional de salud. A su vez se excluye la asimilación con otras entidades públicas afirmando que los centros de las mutuas no dejan de ser un centro privado cuya única referencia con el carácter público es de ser entidad colaboradora de la Seguridad Social, lo cual no le dota del carácter de servicio público sanitario exigido en la base de aplicación.

También se ha esgrimido en contra de la valoración del mérito pretendido la vía de acceso al empleo en la mutua, considerándose que la aceptación de la experiencia profesional en estas entidades podría constituir una puerta trasera para acceder al empleo público eludiendo los principios de igualdad mérito y capacidad que presiden dicho acceso³², toda vez que una prolongada experiencia puede garantizar el acceso a un puesto de trabajo público. De esta forma se ha considerado relevante la falta de acreditación del mecanismo de selección en la mutua.³³

En sentido contrario, es posible encontrar resoluciones judiciales a nivel autonómico que admiten que la polémica experiencia profesional³⁴ es merecedora de ser valorada como mérito, si bien son más escasas que las posturas en contra y en los propios pronunciamientos se hace referencia a que pudieran ser defendibles otras interpretaciones.³⁵

30 ST del TSJ de Murcia de 19 de febrero de 2010, REC 436/2009.

31 ST del TSJ de Andalucía, (Sala de lo Contencioso-Administrativo de Granada) de 27 abril de 2015, REC 71/2020 y ST de TSJ de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo de Granada) de 21 julio de 2016, REC 822/2011.

32 ST del TSJ de Galicia (Sala de lo contencioso-Administrativo) de 17 de septiembre de 2014, REC 240/2013.

33 Sin embargo no se debe olvidar que la disposición adicional primera del estatuto básico del empleado público establece un ámbito subjetivo específico para tales principios, debiendo considerarse aplicable a las mutuas tales principio.

34 ST de TSJ de Aragón, (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 1 febrero de 2016, REC 142/2013.

35 ST de TSJ de Aragón, (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 8 enero de 2016, REC 58/2012.

3.2 Nueva doctrina del Tribunal Supremo

El asunto ha llegado recientemente a ser objeto de recurso de casación tras su admisión mediante auto de 2 de abril de 2018. Se acepta que *la sentencia recurrida trasciende al caso objeto del proceso, en la medida en que afecta no solo a los recurrentes sino a un gran número de profesionales sanitarios que presten servicios en las Mutuas y la existencia de sentencias contradictorias sobre cuestiones sustancialmente iguales de las que así se discute.*

Como hemos visto, nos encontramos ante una pretensión que se reitera en el tiempo en todo el territorio nacional, con resultados diferentes según la comunidad autónoma en la que se haga valer, lo que justifica la necesidad de fijar jurisprudencia.

Debemos precisar que la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es si, a los efectos de baremación de méritos de los demandantes de empleo ante el Servicio de Salud, son equiparables los servicios sanitarios prestados en las mutuas con los que tienen lugar en los centros privados concertados, cuando las bases de la convocatoria solo prevén expresamente estos últimos. En el caso de que no lo fueran, si ello vulnera los principios de igualdad, mérito y capacidad, en cuanto principios ordenadores del régimen estatutario y de acceso en condiciones de igualdad a cargos públicos.

El objeto del recurso excluye el análisis de la posible asimilación de los servicios prestados en las mutuas a los prestados en el Servicio Nacional de Salud u otras entidades públicas y constriñe el asunto a la equiparación con los centros privados concertados.

Ello se debe a que el recurso dimana del fallo recaído en apelación, en el cual lo que somete a la consideración de la sala es una sentencia dictada en primera instancia que estimando el recurso contencioso administrativo *declara la nulidad de los actos recurridos exclusivamente en lo que se refiere a la valoración de los servicios prestados por los recurrentes en la Mutua Fremap, que habrán de ser valorados de conformidad con lo establecido en el epígrafe d) del apartado 3 de los Anexos III y VIII³⁶, con todos los efectos económicos y administrativos que se deriven de dicho reconocimiento.*

La cuestión analizada, por tanto, se encuentra condicionada por los autos de los que procede y el recurso interpuesto, que persigue la validez de la sentencia de primera instancia que otorgaba la baremación equiparable a centro privado concertado.

Sin embargo, la controversia existente es más amplia que la planteada ante el alto tribunal, dado que en otros casos se ha reclamado el otorgamiento de una baremación superior, si bien como ahora veremos, la sentencia contiene fundamentos suficientes para orientar el fallo cuando lo que sea discutido sea la reclamación de trato equiparable a los servicios prestados para el Servicio Nacional de Salud.

³⁶ Es decir, como servicios prestados en entidad privada concertada.

NUEVA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE VALORACIÓN DE EXPERIENCIA PROFESIONAL

A la hora de abordar la materia la sentencia aclara la posición de la Sala sobre el carácter de la atención sanitaria de las “Mutuas Patronales de Accidentes” de trabajo, integrándose en los Servicios del Sistema Nacional de Salud.³⁷

Dicho posicionamiento parte de la Ley General de la Seguridad Social que distingue dos entidades gestoras³⁸:

Por un lado, el Instituto Nacional de la Seguridad Social para la gestión y administración de las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social, tutelado actualmente por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Y, por otro, el Instituto Nacional de la Salud, para la administración y gestión de los servicios sanitarios, tutelado en la actualidad por el Ministerio de Sanidad y Consumo.

Y, paralelamente, dicho cuerpo legal regula las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social. A su vez, concreta las actividades de colaboración con la Seguridad Social que desarrollan, las cuales comprenden tanto la gestión de prestaciones económicas (es decir las realizadas habitualmente por el Instituto Nacional de la Seguridad Social) como la colaboración en la gestión de contingencias de accidentes de trabajo y la realización de actividades de recuperación, (es decir las desarrolladas por el Instituto Nacional de la Salud, luego transformado en el Sistema Nacional de Salud o concepción integral del sistema sanitario, en términos del art. 4 de la Ley 14/86, de 25 de abril, Ley General de Sanidad, del que participan los servicios sanitarios de las distintas Comunidades Autónomas.).

Siguiendo el planteamiento del supremo, a la vista del texto legal queda claro, por tanto, que las entidades colaboradoras en la gestión de la Seguridad Social en las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales *constituyen uno de los recursos básicos en la atención sanitaria dirigida a los trabajadores, tanto en la acción curativa como en la acción rehabilitadora, siempre derivada de los riesgos para la salud producidos por el trabajo.*³⁹

37 Se reproducen los argumentos expuestos en la ST del TS 10 de diciembre de 2009, REC 1885/2008, que en un supuesto de reclamación patrimonial contra la administración por defectuosa asistencia sanitaria entra a valorar si tal tipo de reclamación es aplicable a las mutuas. El fallo concluye que el hecho de que las mutuas Patronales sean sujetos privados no es obstáculo para que las mismas puedan ser objeto de reclamaciones en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas ya que aquellas realizan su labor prestando un servicio público por cuenta del Sistema Nacional de Salud. Por ello, debe insistirse que en cuanto las mismas tienen atribuida, en virtud de las disposiciones legales y reglamentarias más arriba enumeradas, la colaboración con la administración pública sanitaria en la gestión de la Seguridad Social de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se encuentran sometidas al mismo régimen que las administraciones públicas.

38 El Tribunal Supremo se basa en la redacción dada en el anterior RD Legislativo 1/94, de 20 de junio (arts. 57 y 68) si bien la misma es similar a la regulación contenida en el texto en vigor.

39 La ST del TS de 10 de diciembre de 2009, REC 1885/2008, también hace referencia al EI RD 1993/1995, de 7 de diciembre, que aprueba el Reglamento sobre colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo, que en su art.12 apartado 1 expresa que la utilización de dichos servicios, en cuanto que se hallan destinados a la cobertura de prestaciones incluidas en la acción protectora de la Seguridad Social e integradas en el Sistema Nacional de Salud, deberá estar coordinada con los de las Administraciones públicas sanitarias. Dicho artículo, a juicio del TS deja fuera de dudas el que las prestaciones sanitarias se enmarcan en la acción protectora de la Seguridad Social integrada en el Sistema Nacional de Salud.

NUEVA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE VALORACIÓN DE EXPERIENCIA PROFESIONAL

De otro lado se cita el preámbulo del RD 1630/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la prestación de servicios sanitarios y de recuperación por las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, de cuyo texto se señala que lo relevante es lo siguiente:

“Las instalaciones y servicios sanitarios de que disponen las mutuas para dispensar la asistencia que tienen encomendada, aunque adscritos a estas entidades y a fines específicos de la Seguridad Social, con cuyos recursos se financian, se hallan destinados a la cobertura de prestaciones integradas en el Sistema Nacional de Salud, por lo que han de guardar la máxima coordinación con los recursos humanos y materiales del referido sistema, en concordancia con lo establecido en el artículo 4.1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. Asimismo, ha de tenerse en cuenta que dichas entidades forman parte del sector público estatal en los términos establecidos en el artículo 2.1.d) de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre (RCL 2003, 2753), General Presupuestaria.”

Por ello, a juicio del alto tribunal, *resulta indiscutible que la prestación sanitaria forma parte de los servicios integrados en el Sistema Nacional de Salud.*⁴⁰

Tras analizar esta cuestión la sentencia encuentra como segundo pilar para la resolución del caso, la doctrina existente en relación a otro tipo de entes de “ compleja regulación”. No cabe duda que las mutuas comparten este carácter complejo en cuanto a su régimen jurídico, siendo trascendente la solución que haya podido darse en relación a supuestos similares aunque no idénticos.

Se cita a este respecto la reciente doctrina fijada respecto de un consorcio en que se estima su consideración como ente público instrumental, a pesar de presentar naturaleza privada⁴¹, lo cual conduce a la calificación de los servicios prestados en los mismos como públicos. Dicha doctrina se basa en tres argumentos que claramente resultan extrapolables al caso de las mutuas.

En primer, es necesario distinguir entre las relaciones internas de los trabajadores con el ente y la proyección exterior de dicha relación una vez se califica el ente como público. El hecho de que las primeras procedan de un negocio jurídico privado y se regulen por normas de tal carácter no impide que dicho personal pueda asimilarse a personal público cuando lo que se valora precisamente son efectos sobre entes externos.

No cabe duda de que las mutuas presentan esta doble dimensión, en tanto que ejercen funciones públicas en paralelo con la administración, y los efectos de su actuación hacia el exterior no tienen por qué estar condicionados por su naturaleza interna. En lo que respecta al objeto de análisis, el hecho de que las relaciones laborales de sus empleados se sometan al estatuto de los trabajadores no tiene por qué vincular la consideración de sus servicios respecto de terceros.

En segundo lugar, se considera relevante la fiscalización del ente por la cámara de cuentas debido a que la financiación del mismo proceda de la consejería de salud.

⁴⁰ ST de TS (Sala de conflictos de competencia) de 29 de junio de 2007, de 22 de diciembre de 2005, de 10 de julio de 2009, y de 16 de octubre de 2007.

⁴¹ Doctrina fijada por la ST del TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) Sentencia de 10 febrero de 2020, REC 3110/2018, que trata si deben computarse o no los servicios prestados en un consorcio calificado por la administración como entidad de derecho público a efectos de reconocimiento de trienios.

En este punto se reitera el paralelismo toda vez que las mutuas están sometidas a fiscalización tanto del Tribunal de Cuentas como de la Intervención General de la Seguridad Social, y su actuación se financia mediante recursos públicos como son las cuotas de la Seguridad Social.

Y en tercer lugar se considera clarificador el hecho de que la ley 40/2015 incluya el tipo de ente dentro del sector público institucional, elemento que también puede predicarse de las mutuas que, si bien no son citadas de forma expresa en el ámbito subjetivo de la ley 40/2015, han sido incorporadas al sector público mediante la ley de mutuas y, tal como especifica la propia sentencia analizada, se las cita de forma expresa en el ámbito subjetivo de la Ley General Presupuestaria⁴².

Otro de los casos de ente de compleja regulación que toma como referencia el alto tribunal para resolver el de autos ha sido el de las fundaciones privadas que actúan como entes de gestión de los sistemas públicos de salud de las comunidades autónomas⁴³. Se llega a la conclusión de que con independencia de la forma de gestión empleada y de la relación jurídica del personal del ente gestor, los servicios que se prestan en dichas entidades gozan de la consideración de servicios prestados por personal de centros, instituciones o servicios de salud a efectos de poder participar en los procedimientos de integración directa en la condición de personal estatutario,

Son heterogéneos, por tanto, los supuestos de entes de naturaleza privada, de compleja regulación, que por diversas causas se integran en la prestación del servicio de sanidad pública. La doctrina más reciente del Alto Tribunal en estos casos está manteniendo una diferenciación entre la dimensión interna y externa de los servicios prestados en las mismas. La conclusión, según hemos podido constatar, es la de atender a la naturaleza del servicio prestado, cuando hablamos de los efectos de dichos servicios sobre entes externos, sin que la naturaleza jurídica de la entidad, o el régimen jurídico interno deba condicionar la proyección exterior.

Esta postura es la seguida en el fallo, al combinar las dos doctrinas reflejadas. Una vez fijada la incorporación de las mutuas dentro del sistema nacional de salud, si lo que se analiza es la calificación de los servicios prestados en dicho sistema, en un supuesto de valoración de méritos por un ente externo en el contexto de concurrencia competitiva, dicho ente no deberá atender a la naturaleza interna de la entidad o al régimen jurídico de la relación laboral que mantenga con la misma.

3.3 Conclusiones

Podemos concluir que lo realmente determinante para el fallo es que los servicios prestados por las mutuas tienen la consideración de asistencia sanitaria pública y no la naturaleza jurídica de las mismas.

⁴² Apartado 1.h) del art. 2 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre (RCL 2003, 2753), General Presupuestaria.

⁴³ La ST del TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) Sentencia de 13 mayo de 2020 analiza si el personal de dichas fundaciones puede participar en procesos de integración directa en la condición de personal estatutario al amparo de la disposición adicional quinta de la Ley 55/2003.

La doctrina fijada atiende a la naturaleza del servicio prestado, que es precisamente lo que ha sido realmente valorado a la hora de resolver otros procedimientos en casación. Hubiera resultado contradictorio que a la hora de tratar las consecuencias de la defectuosa asistencia, ésta se hubiera considerado pública y, sin embargo, esa misma asistencia prestada sin incidencias fuera considerada privada a otros efectos. Cuando se trata de acreditar mérito y capacidad, lo relevante es la experiencia del aspirante, la cual proviene de las características del trabajo efectivamente desarrollado en el pasado y no de la forma jurídica de la entidad empleadora.

La argumentación hasta ahora esgrimida por algunos Tribunales Superiores de Justicia condicionando la consideración de que el servicio sea público a el hecho de que sea prestado por una "Administración Pública" queda ahora superado. Recordemos como la doctrina jurisprudencial ha homologado⁴⁴ como servicio público, toda actuación, gestión, actividad o tareas propias de la función administrativa que se ejerce, incluso por omisión o pasividad con resultado lesivo. Lo relevante, reiteramos, es la función ejercida y las MCSS indiscutiblemente desarrollan funciones de naturaleza pública, de ahí que tampoco se haya considerado relevante la existencia o no de concierto, dado que éste no es necesario para su integración en la sanidad pública, la cual se produce por ministerio de Ley.

Y todo ello independientemente del hecho de que la naturaleza privada de las mutuas sea algo más que discutible, a la vista de su normativa específica, tan lejos del derecho privado.

Por último, la sentencia deja abierta la puerta a la identificación en régimen de igualdad del tiempo trabajado para una MCSS, y el tiempo trabajado en el Servicio Público de Salud en el cual se integra. La utilización en el fallo de la expresión "al menos" lleva a pensar que se otorga baremación como entidad concertada debido a que es esa, y no otra, la analizada en el proceso, sin que ello implique que siempre haya de otorgarse tal puntuación.

Esta sentencia, en definitiva, viene a aproximar aún más al personal de las mutuas al régimen jurídico del empleado público, quedando cada vez más en entredicho la exclusión de estas entidades del ámbito subjetivo EBEP, una vez que aspectos esenciales de la relación laboral (retribuciones, autonomía colectiva, acceso al empleo) se encuentran actualmente secuestrados de la aplicación de la normativa laboral ordinaria.

4. BIBLIOGRAFÍA CITADA

García Jimenez, M. "Perspectivas de las Mutuas a la vista de su proyectada Ley". *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Núm. 162/2014. Ed. Aranzadi, S.A.U.

Garrido Falla, F. "Tratado de Derecho administrativo". Técnos Madrid. 1989, vol 2, 1.

⁴⁴ Por todas, la ST del TS de 27 de junio de 2006, REC 1962/2002 con cita de otras sentencias anteriores.

NUEVA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE VALORACIÓN DE EXPERIENCIA PROFESIONAL

Lozano Lares, F. "El régimen jurídico de las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social (I) " *Revista de información laboral*. Núm. 12/2016. Ed. Aranzadi, S.A.U.

Padros Reig, C y Coello Martín, C. "La extensión del concepto de empleo público a las entidades privadas". *Revista Doctrinal Aranzadi social*. Núm. 1/2013. Ed. Aranzadi.

Palomeque López, C. "Encuesta sobre la Seguridad Social Española, Papeles de Economía española nº12/13. Madrid 1982.

Sempere Navarro, A. V. "Régimen jurídico de las Mutuas Patronales", Madrid: Civitas,1986.

Serrano, J.B. "El acceso al empleo público en régimen laboral tras el estatuto básico del empleado público: Algunas luces y demasiadas sombras", *revista Española de Derecho Administrativo* núm. 149/2009. Civitas, 2009.

PRESTACIONES DE SEGURIDAD VERSUS PRESTACIONES ASISTENCIALES EN EL MARCO DE LAS REGLAS DE COORDINACIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL EN LA UNIÓN EUROPEA*. A propósito de la Sentencia del TJUE del 12/03/2020. Asunto C-769/18

SECURITY BENEFITS VERSUS CARE BENEFITS WITHIN THE FRAMEWORK OF RULES OF COORDINATION OF SOCIAL SECURITY IN THE EUROPEAN UNION. Regarding the Judgment of the CJEU of 03/12/2020. Case C-769/18

Virginia Eugenia Cardeñas Porta

Graduada Social - Doctoranda del Programa en Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de Málaga

graduadasocial@uma.es ORCID 0000-0002-0969-1616

Recepción de trabajo: 11-03-2021 - Aceptación: 07-04-2021

- 1. LAS REGLAS DE COORDINACIÓN DE SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL EN LA UNIÓN EUROPEA. 1.1. Los cuatro principios fundamentales del Reglamento de Coordinación (Reglamento (CE) N° 883/2004). 1.1.1. Igualdad de trato. Asimilación de prestaciones, ingresos, hechos o acontecimientos. 1.1.2. Totalización de períodos. 1.1.3. Exportabilidad de las prestaciones. Supresión de las cláusulas de residencia. 1.1.4. Aplicación de una sola legislación. No acumulación de prestaciones. ■ 2. EL TRATAMIENTO DE LAS PRESTACIONES ASISTENCIALES. ■ 3. PRINCIPIO DE ASIMILACIÓN DE HECHOS COMO ENGARCE ENTRE PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL Y PRESTACIONES ASISTENCIALES A LA LUZ DE LA SENTENCIA DEL TJUE DEL 12/03/2020. ASUNTO C-769/18. 3.1. Contextualización. 3.2. Respuestas a las cuestiones prejudiciales planteadas por la Cour de cassation. 3.3. Asimilación de hechos o acontecimientos. Solución al amparo del artículo 267 TFUE. ■ 4. EPÍTOME. ■ 5. BIBLIOGRAFÍA.

* A la profesión de Graduado Social, única y maravillosa. A los graduados y graduadas sociales que durante la pandemia están demostrando que son mucho más que expertos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Haciendo mías las palabras que utilizó, hace ya un tiempo, Don Miguel Ángel Nobel (exsubdirector de la TGSS en Málaga y graduado social); "Los graduados Sociales son los médicos de las empresas, la bisagra entre la ciudadanía y las administraciones". Mi comentario va dedicado a todos mis héroes y heroínas que no tienen ni noches ni días, que han trabajado sin cesar, adaptándose a una lluvia de normativa a aplicar, pero, sin embargo, son los grandes olvidados.

RESUMEN

La sentencia delimita las prestaciones que están incluidas dentro del ámbito de aplicación de los reglamentos de coordinación de los sistemas de seguridad social de la Unión Europea. Ante el problema que plantea la exclusión de las prestaciones asistenciales del ámbito de aplicación de los Reglamentos comunitarios, utiliza el principio de asimilación de hechos como elemento factual de conexión entre prestaciones contributivas de un Estado miembro con prestaciones asistenciales de otro Estado miembro.

PALABRAS CLAVE: coordinación de seguridad social, asistencia social, principio de asimilación de hechos, discapacidad.

ABSTRACT

The judgment defines the benefits that are included within the scope of the coordination regulation of the Social Security systems of the European Union. Faced with the problem posed by the exclusion of assistance benefits from the scope of application of Community regulations, it uses the principle of assimilation of facts as a factual element of connection between contributory benefits from a Member State with assistance benefits from another Member State.

KEYWORDS: Social Security coordination rules, social care, principle of assimilation of facts, disability.

1. LAS REGLAS DE COORDINACIÓN DE SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL EN LA UNIÓN EUROPEA

Con carácter previo al análisis de la sentencia que justifica este artículo, expondremos unas breves consideraciones sobre el régimen jurídico de coordinación de sistemas de seguridad social de la Unión Europea, aun cuando el análisis de este régimen jurídico no constituye el objeto principal de este estudio, resulta imprescindible un acercamiento a las reglas de coordinación para poder comprender íntegramente el significado de la sentencia.

Para llevar a cabo esa aproximación comenzaremos diciendo que la piedra angular de la ciudadanía de la Unión Europea es, sin lugar a dudas, el derecho de las personas a circular y residir libremente dentro de la misma. Este derecho ha ido evolucionando desde sus inicios en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea el 25 de marzo de 1957, (Tratado de Roma¹). En un primer momento se permitía únicamente la libre circulación de trabajadores y la libertad de establecimiento, en otras palabras, había libre circulación solamente en cuanto empleados (art. 48 del Tratado CEE) o prestadores de servicios se refería (arts.52 y 59). Más adelante con el Tratado sobre la Unión Europea², conocido como Tratado de Maastricht de 07 de febrero de 1992, se introdujo el concepto de ciudadanía de la Unión Europea, recogido en el artículo 8.1 del Título II de la Parte Primera del Tratado: “Se crea la ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente nacionalidad de un estado miembro”.

Conforme a los Acuerdos Schengen, se adoptó la Directiva 2004/38/CE³ del Parlamento Europeo y Consejo del 29 de abril de 2004 “relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de su familia a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE)nº. 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE (Texto pertinente a efectos del EEE)”. En el año 2007 El Tratado de Lisboa⁴ confirma que el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros se sustenta en la ciudadanía.

El ejercicio de la libre circulación necesita un entorno que permita este derecho fundamental, siendo una de las medidas más importantes destinadas a apoyar el ejercicio de la libre circulación la coordinación de los regímenes de la seguridad social, incluida la portabilidad de la seguridad social

1 Accesible en <http://u.uma.es/Wk/>

2 Accesible en <http://u.uma.es/Wp/>

3 Accesible en <http://u.uma.es/Wv/>

4 Tratado de Lisboa, “por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007”. <http://u.uma.es/Wy/>. Sustituyendo, entre otros, el artículo 172.a del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

en virtud del Reglamento (CE) n.º 883/2004⁵ del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, sobre la coordinación de los sistemas de la seguridad social y de su Reglamento de aplicación (CE) n.º 987/2009⁶ del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) n.º 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, así como el Reglamento (CE) n.º 988/2009⁷ del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 883/2004.

1.1 Los cuatro principios fundamentales del Reglamento de Coordinación, (Reglamento (CE) N.º 883/2004)

La coordinación en materia de seguridad social es un elemento esencial para la libre circulación de las personas entre los Estados miembros, por ello, las medidas en materia de seguridad social tienen como finalidad garantizar que los ciudadanos que trabajen y residan en un Estado miembro no pierdan parte o la totalidad de sus derechos en materia de seguridad social.

El Reglamento de coordinación (Reglamento (CE) n.º 883/2004), se basa en cuatro principios fundamentales:

1. Igualdad de trato. Asimilación de prestaciones, ingresos, hechos o acontecimientos, desarrollados en los artículos 4 y 5.
2. Totalización de los períodos, desarrollado en artículo 6.
3. Exportabilidad de las prestaciones. Supresión de las cláusulas de residencia, desarrollado en el artículo 7.
4. Aplicación de una sola legislación. No acumulación de prestaciones, desarrollado en los artículos 10 y 11, apartado 1).

En las consideraciones del citado Reglamento sobre coordinación de los sistemas de seguridad social se establece, claramente, la necesidad de respetar las características especiales de las legislaciones nacionales en materia de seguridad social estableciendo únicamente un sistema de coordinación. Igualmente, establece el ámbito de aplicación de este Reglamento siendo aplicable tanto a los nacionales de un Estado miembro, a los apátridas y refugiados residentes en el territorio de un Estado miembro que estén o hayan estado sujetos a la legislación sobre seguridad social de uno o más Estados miembros, así como los miembros de sus familias y a sus supervivientes. El ámbito subjetivo de aplicación también es aplicable a los nacionales de terceros países con residencia legal en

5 Accesible en <http://u.uma.es/Wx/>

6 Accesible en <http://u.uma.es/Wm/>

7 Accesible en <http://u.uma.es/Wt/>

PRESTACIONES DE SEGURIDAD VERSUS PRESTACIONES ASISTENCIALES

el territorio de la UE que no estén cubiertos por los reglamentos de coordinación por razón de su nacionalidad, en virtud de lo establecido en el Reglamento n.º 1231/2010⁸ del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010.

1.1.1 Igualdad de Trato. Asimilación de prestaciones, ingresos, hechos o acontecimientos⁹

El principio fundamental de igualdad de trato se podría definir de forma genérica como la igualdad en deberes y derechos de las personas trabajadoras por cuenta ajena o cuenta propia de otros Estados miembros idéntico a los deberes y derechos de los ciudadanos del mismo país de acogida. Toda persona trabajadora por cuenta ajena o propia procedentes de otro Estado miembro, que haya sido acogida durante un determinado periodo de tiempo, debe tener los mismos derechos y obligaciones que los ciudadanos del Estado de acogida. El derecho de igualdad de trato es aplicable incondicionalmente a toda persona trabajadora por cuenta ajena o propia procedentes de otro Estado.

El principio de igualdad de trato viene recogido en el artículo del 45 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea¹⁰ como en los anteriormente citados artículos 4 y 5 del Reglamento 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril.

En la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el procedimiento prejudicial de los asuntos acumulados C-398/2018, Antonio Bocero y C-428/2018 Jörg Paul Konrad, de 05 de diciembre de 2019, se analiza la jubilación anticipada voluntaria en España, en particular el artículo 208.1.c, que recoge que además de acreditar los requisitos generales y específicos para tener derecho a la jubilación anticipada, el importe de la pensión a percibir ha de resultar superior a la cuantía mínima que correspondiera al interesado por su situación familiar al cumplimiento de los 65 años. El INSS entendía en los asuntos indicados que no tenían derecho a la jubilación anticipada debido a que con la pensión que resultaría por el período cotizado en España no tendrían derecho a una pensión igual o de superior cuantía a la pensión mínima establecida. La sentencia declara interpretando el art. 5¹¹, letra a, del Reglamento (CE) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004,

8 Reglamento "por el que se amplía la aplicación del Reglamento (CE) n.º 883/2004 y el reglamento (CE) n.º 987/2009 a los nacionales de terceros países, que, debido únicamente a su nacionalidad, no está cubiertos por los mismos", sustituyendo el anterior reglamento (CE) n.º 859/2003 del Consejo, de 14 de mayo de 2003. Accesible en <http://u.uma.es/Wo/>

9 Art. 4 Reglamento 883/2004 de 29 abril "Las personas a las cuales sean aplicables las disposiciones del presente Reglamento podrán acogerse a los beneficios y estarán sujetas a las obligaciones de la legislación de todo Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado, salvo disposición en contrario del presente reglamento "

10 Accesible en <http://u.uma.es/Xp/>

11 Art. 5 Reglamento 883/2004 de 29 abril. Asimilación de prestaciones, ingresos, hechos o acontecimientos.

Salvo disposición en contrario del presente Reglamento y habida cuenta de las disposiciones particulares de aplicación establecidas:

a) si, en virtud de la legislación del Estado miembro competente, el disfrute de prestaciones de seguridad social o de otros ingresos produce determinados efectos jurídicos, las disposiciones de que se trate de dicha legislación serán igualmente aplicables en caso de disfrute de prestaciones equivalentes adquiridas con arreglo a la legislación de otro Estado miembro o de ingresos adquiridos en el territorio de otro Estado miembro;

PRESTACIONES DE SEGURIDAD VERSUS PRESTACIONES ASISTENCIALES

“en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro que impone, como requisito para que un trabajador acceda a una pensión de jubilación anticipada, que el importe de la pensión a percibir sea superior al importe de la pensión mínima que ese trabajador tendría derecho a percibir al cumplir la edad legal de jubilación en virtud de dicha normativa, entendiéndose el concepto de «pensión a percibir» como la pensión a cargo únicamente de ese Estado miembro, con exclusión de la pensión que el citado trabajador podría percibir en concepto de prestaciones equivalentes a cargo de otro u otros Estados miembros”¹², entendiéndose discriminatorio respecto de los trabajadores que han hecho uso de la libertad de circulación.

1.1.2 Totalización de los períodos¹³

Este principio fundamental de totalización de períodos se podría definir de una manera amplia como el derecho a contabilizar todos los períodos de seguro o empleo acreditado en cualquiera de los Estados miembros, computándose para determinar el derecho a una prestación según la legislación de otro Estado miembro. Este principio de coordinación es primordial, ya que la administración deberá contabilizar todos los períodos como si hubiesen sido realizados en ese Estado.

El cálculo de las prestaciones deberá de realizarse por cada administración, sumando el total de períodos de seguro y/o residencia cumplidos de acuerdo con las legislaciones de los demás Estados miembros, como si los hubieran cumplido en ese Estado, aplicando dicha institución la legislación aplicable a fecha de liquidación de la prestación, (importe teórico). Una vez calculado el importe teórico, ese importe se ajustará al tiempo de períodos de seguro o empleos acreditados en ese país (prestación prorrateada). Hay que tener en cuenta, que, si se cumple el requisito para tener acceso a una pensión nacional con independencia de los períodos completados en otros Estados miembros, la administración estará obligada a calcular la pensión nacional (llamada prestación independiente), debiendo abonar al pensionista la mayor de las dos prestaciones calculadas, es decir, la prestación que resulte de mayor cuantía entre la prestación prorrateada o prestación independiente. Lo anteriormente descrito, resume muy brevemente lo recogido en el artículo 52 del Reglamento 883/2004 de 29 de abril.

b) si, en virtud de la legislación del Estado miembro competente, se atribuyen efectos jurídicos a la concurrencia de determinados hechos o acontecimientos, dicho Estado tendrá en cuenta hechos o acontecimientos semejantes que guarden relación y hayan ocurrido en otro Estado miembro como si hubieran ocurrido en su propio territorio.

¹² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el procedimiento prejudicial de los asuntos acumulados C-398/2018, Antonio Bocero y C-428/2018 Jörg Paul Konrad, de 05 de diciembre de 2019. Accesible en <http://u.uma.es/IH/>

¹³ Art. 6 Reglamento 883/2004 de 29 abril “Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, la institución competente de un Estado miembro cuya legislación subordine:

- la adquisición, la conservación, la duración o la recuperación del derecho a las prestaciones,
- la admisión a una legislación, —o— el acceso o la exención del seguro obligatorio, voluntario o facultativo continuado, al requisito de haber cubierto períodos de seguro, de empleo, de actividad por cuenta propia o de residencia, tendrá en cuenta, en la medida necesaria, los períodos de seguro, de empleo, de actividad por cuenta propia o de residencia cubiertos bajo la legislación de cualquier otro Estado miembro, como si se tratara de períodos cubiertos bajo la legislación que dicha institución aplica.

PRESTACIONES DE SEGURIDAD VERSUS PRESTACIONES ASISTENCIALES

El principio de totalización de períodos viene recogido en el artículo 48 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, así como en el artículo 6 del Reglamento 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril.

Es interesante la lectura completa de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el procedimiento prejudicial de los asuntos acumulados C-398/2018, Antonio Bocero y C-428/2018 Jörg Paul Konrad, de 05 de diciembre de 2019, indicada en el apartado anterior, para poder entender el principio fundamental de Totalización de períodos.

Por otro lado, no podemos olvidar los artículos 61 y 62 de Reglamento, recogidos en el capítulo 6, sobre prestaciones por desempleo, desarrollando el artículo 61 de Reglamento 883/2004 las normas especiales sobre totalización de períodos de seguro, de empleo o de actividad por cuenta propia, recomendando la lectura la sentencia del STJUE de 23 de enero de 2020, el asunto C-29/2019, procedimiento entre ZP y Bundesagentur für Arbeit¹⁴, para la comprensión de la totalización de períodos en la prestación por desempleo así como el cálculo de la prestación cuando se ha trabajado en un Estado miembro, o como en el caso del asunto indicado anteriormente, en la Confederación Suiza en virtud del Acuerdo Sobre libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza por otra (conocido como ALCP)¹⁵. Hay que tener en cuenta todo el período cotizado, en el caso de la sentencia tanto el período cotizado en Alemania como en Suiza. Por otro lado, si la prestación fija un período de referencia a efectos de determinar la retribución que servirá de base para el cálculo de la prestación como en el asunto C-29/19, ese período de referencia debe incluir los períodos trabajados en el resto de los Estados miembros (en este asunto Alemania y Suiza). Y, por último, el hecho de hacer depender el derecho garantizado en el art. 62.1 del Reglamento nº 883/2004 de la fecha de liquidación y pago de la retribución puede obstaculizar la libre circulación de trabajadores de la Unión. Resumiendo, el objeto es evitar que un trabajador en ejercicio de su derecho de libre circulación que haya ocupado empleos en más de un Estado miembro sea tratado sin justificación objetiva de modo menos favorable que aquel que haya efectuado toda su actividad laboral en un único Estado miembro, así como, no puede haber ninguna desventaja en su Estado de origen por la única razón de haber ejercido su derecho a la libre circulación.

1.1.3 Exportabilidad de las prestaciones. Supresión de las cláusulas de residencia

El significado de este principio se centra, principalmente, en el derecho a percibir las prestaciones en metálico de la seguridad social en todo el territorio de la Unión, prohibiendo específicamente a los Estados miembros que limiten el pago de las prestaciones a las personas residentes, eliminando así la posibilidad de reducción, modificación, suspensión, supresión o confiscación por el hecho de no residir en ese Estado miembro¹⁶. Es muy importante tener en cuenta, que este derecho, es de

¹⁴ Sentencia del TJUE de fecha 23 de enero de 2020, asunto C-29/19, ZP y Bundesagentur für Arbeit. Accesible en <http://u.uma.es/1/>

¹⁵ Accesible en <http://u.uma.es/8Y/>

¹⁶ Art. 7 Reglamento 883/2004 de 29 abril: "Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, las prestaciones en metálico debidas en virtud de la legisla-

PRESTACIONES DE SEGURIDAD VERSUS PRESTACIONES ASISTENCIALES

aplicación salvo disposición en contrario en el Reglamento, no aplicándose a todas las prestaciones, existiendo normas especiales en alguna de ellas, como es el caso de la prestación por desempleo¹⁷.

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 21 de marzo de 2018, en el asunto C-551/16¹⁸, hace un estudio minucioso del artículo 7 del Reglamento, en relación con el artículo 63 y 64 del mismo. El artículo 7 establece la supresión de la cláusula de residencia salvo disposición en contrario en el Reglamento 883/2004. El artículo 63 titulado “Disposiciones especiales para la dispensa de las normas de residencia”, establece a los efectos de ese capítulo, que el artículo 7 sólo se aplicará en los casos previstos en los artículos 64, 65 y 65 bis, y ello, dentro de los límites establecidos en dichos artículos. El artículo 64 establece que el derecho a las prestaciones por desempleo se conservará durante un período de 3 meses, sin embargo, el artículo 64, apartado 1, letra c), segunda frase, del mismo reglamento enuncia que los servicios o instituciones competentes podrán prorrogar el período de tres meses, hasta un máximo de 6. En el caso a quo, el TJUE, nos recuerda que para interpretar una disposición de derecho de la Unión procede a tener en cuenta, no sólo su literalidad sino también su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa. Los trabajos preparatorios que condujeron a la adopción del artículo 64.1, de hacer obligatorio un periodo de exportación de seis meses, no fue a probado por el Consejo de la Unión Europea, y finalmente los Estados miembros acordaron la fórmula contenida en el artículo 64, apartado 1, letra C, segunda frase, del Reglamento número 883/2004 quedando redactado que “los servicios o autoridades competentes podrán prorrogar este plazo hasta un máximo de 6 meses”.

Esta sentencia, en relación con la definición del principio de exportabilidad de las prestaciones nos indica, en su apartado 48, que el Reglamento 883/2004 “contiene disposiciones especiales que establecen una excepción al principio de supresión de las cláusulas de residencia. Este es el caso del artículo 63 del Reglamento, titulado «Disposiciones especiales para la dispensa de las normas de residencia», que establece, en relación con la situación de la persona desempleada que cumpla los requisitos requeridos por la normativa del Estado miembro competente para tener derecho a las prestaciones y que se desplace a otro Estado miembro, que la supresión de las cláusulas de residencia se aplique solo en los casos previstos en el artículo 64 del mismo Reglamento y dentro de los límites establecidos en dicho artículo.”

1.1.4 Aplicación de una sola legislación. No acumulación de prestaciones

El artículo 10 del Reglamento 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril, establece “salvo disposición en contrario, el presente Reglamento no podrá conferir ni mantener el derecho a disfrutar de varias prestaciones de la misma naturaleza relativas a un mismo período de seguro obligatorio”.

ción de uno o de varios Estados miembros o del presente Reglamento no podrán sufrir ninguna reducción, modificación, suspensión, supresión o confiscación por el hecho de que el beneficiario o los miembros de su familia residan en un Estado miembro distinto de aquel en que se encuentra la institución deudora”

¹⁷ Artículo 64 Reglamento 883/2004 de 29 abril

¹⁸ STJUE de fecha 21/03/2018, asunto C-551/16, J. Klein Schiphorts y van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen. <http://u.uma.es/1K/>

PRESTACIONES DE SEGURIDAD VERSUS PRESTACIONES ASISTENCIALES

El Reglamento 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril, en su artículo 11 preceptúa que todas las personas comprendidas dentro del ámbito subjetivo de dicha norma quedarán sujetas a la legislación de un sólo Estado miembro. El criterio que determina esta normativa aplicable vendrá determinado por el lugar de la prestación de servicios (*Lex loci laboris*). De este modo sólo cotizará y estará cubierto en un sistema de seguridad social, ya sea como trabajador por cuenta ajena, como trabajador autónomo, como funcionario o en calidad de perceptor de las prestaciones por desempleo. Si se diese una prestación de servicios en diversos Estados miembros, el artículo 13 del citado Reglamento contempla una regla según la cual se tratará a estas personas “como si ejercieran la totalidad de sus actividades por cuenta ajena o propia y percibieran la totalidad de sus ingresos” en el Estado miembro a cuyo régimen de seguridad social estaban sujetos. Los organismos de la Seguridad Social serán los competentes para determinar la normativa aplicable en caso.

Para finalizar con el estudio genérico de la coordinación de la seguridad social en el ámbito de la Unión Europea, cabe destacar, un apartado de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 21 de marzo de 2018, en el asunto C-551/16, anteriormente indicada, en el que nos recuerda que “el reglamento no instituye un régimen común de seguridad social sino que deja subsistir régimen nacional y distintos y su único objetivo es articular la coordinación entre estos mismos a fin de garantizar el ejercicio efectivo de la libre circulación de las personas, de este modo, el referido reglamento permite que subsistan diferentes regímenes que generan créditos diversos frentes instituciones diversas con respecto a las cuales el beneficiario posee derechos directos en virtud ya sea únicamente del derecho interno ya del derecho interno completado por el derecho de la Unión si ello resulta necesario”.

2. EL TRATAMIENTO DE LAS PRESTACIONES ASISTENCIALES

A efectos de prestaciones asistenciales la particularidad que ofrece el Reglamento comunitario 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril es precisamente, la exclusión de su ámbito de aplicación.

El artículo 3º recoge que el campo de aplicación material del Reglamento lo será en las ramas de la seguridad social relacionadas con prestaciones de enfermedad, prestaciones de maternidad y de paternidad asimiladas, las prestaciones de invalidez, las prestaciones de vejez, las prestaciones de supervivencia, las prestaciones de accidente de trabajo, de enfermedad profesional, los subsidios de defunción, las prestaciones de desempleo, las prestaciones de prejubilación y las prestaciones familiares.

Salvo disposición en contrario del anexo XI, se aplicará a los regímenes general o especiales, prestaciones contributivas y no contributivas, así como a las prestaciones especiales en metálico previstas en el artículo 70. Sin embargo, el artículo 3.5 excluye del ámbito de aplicación del Reglamento a la asistencia social y sanitaria.

PRESTACIONES DE SEGURIDAD VERSUS PRESTACIONES ASISTENCIALES

Como se puede observar al leer el artículo 3 del citado Reglamento, el Reglamento en vigor o el anterior en su conjunto, no encontramos una definición legal que pudiera conceptualizar el significado de prestación de seguridad social o asistencia Social, dejando el legislador en manos de la labor interpretadora del TJUE¹⁹ la definición de ambos conceptos²⁰. Debería existir una definición legal del concepto de prestación de seguridad social y de asistencia social en el ámbito de coordinación de los Estados miembros que esclareciese e hiciera diferenciar las unas de las otras, sin embargo, no existe, creando una gran confusión entre los organismos de seguridad social de los Estados miembros. Al no existir tal definición legal debemos trabajar con la jurisprudencia del TJUE.

Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia la distinción entre las prestaciones comprendidas dentro del ámbito de aplicación del reglamento y las excluidas de él, se basan esencialmente en los elementos constitutivos de cada prestación, principalmente en su finalidad y en los requisitos para obtenerla y no en el hecho de que una prestación sea o no calificada como prestación de seguridad social por la legislación laboral nacional. En este sentido tenemos, entre otras, la sentencia de 14 de marzo de 2019, Dreyer, C-372/18²¹, en su apartado 31, las sentencias de 5 de marzo de 1998, Molenaar, C160/96, apartado 19; de 16 de septiembre de 2015, Comisión/Eslovaquia, C433/13, apartado 70, y de 25 de julio de 2018, C679/16, apartado 31.

Por lo tanto, una prestación puede considerarse prestación de la seguridad social cuando se cumplan dos requisitos. El primero de ellos es que la prestación debe de estar recogida expresamente en el artículo 3º apartado 1º del Reglamento y el segundo de los requisitos, que se conceda a sus beneficiarios al margen de cualquier apreciación individual y discrecional de sus necesidades personales, en función de una situación legalmente definida. En este sentido encontramos las sentencias de 27 de marzo de 1985, Hoeckx, 249/83, apartados 12 a 14; de 16 de septiembre de 2015, Comisión/Eslovaquia, C433/13, apartado 71, y de 25 de julio de 2018, C679/16²², apartado 32. Estos dos requisitos son acumulativos debiendo cumplir con ambos, ya que el incumplimiento de uno de ellos excluye a la prestación del ámbito de aplicación del Reglamento.

En lo que respecta al segundo requisito se entenderá cumplido cuando la aprobación de la prestación se conceda de acuerdo con criterios objetivos, que una vez verificados, determinan el derecho a la misma sin que la autoridad competente pueda tener en cuenta otras circunstancias personales. Del apartado 70 y 84 de la STJUE de 16/09/2015, en el asunto C-433/13²³, Comisión Europea con-

19 Sánchez-Rodas Navarro, C.: "Los divergentes conceptos de asistencia social en el derecho de la Unión europea y sus efectos sobre la propuesta de reforma del Reglamento 883/2004", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 49, 2018, p. 1.

20 Salas Porras, M., "Recientes interpretaciones jurisprudenciales del Reglamento 883/2004 sobre coordinación europea de los sistemas nacionales de Seguridad Social", *e-Revista Internacional de la Protección Social*. vol. V, núm. 2, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2020.

21 Accesible en <http://u.uma.es/1L/>

22 STJUE de fecha 25/07/2018, Asunto C-679/16, Comisión/Eslovaquia. <http://u.uma.es/2g/>

23 STJUE de fecha 16/09/2015, Asunto C-433/13, Comisión/Eslovaquia. <http://u.uma.es/2j/>

tra República Eslovaca, podemos entender que, aunque las prestaciones se concedan de acuerdo con criterios objetivos y legalmente definidos, y aunque dichas prestaciones se retiren cuando los beneficiarios dejan de cumplir con los requisitos que se fijen por su concesión, no supondrá automáticamente que la prestación esté comprendida en el ámbito de aplicación del Reglamento. En la sentencia indicada, se entendió que no era prestación de seguridad social (a efectos del Reglamento), porque no se había demostrado que la autoridad laboral competente no conservara ningún criterio de discrecionalidad a la hora de aprobar la prestación. Es decir, si la autoridad competente puede tener algún criterio de discrecionalidad en la concesión de la prestación no se entenderá prestación de seguridad Social en el ámbito del Reglamento. El TJUE entiende que están excluidas del Reglamento las prestaciones que en el desarrollo normativo de la prestación recoja expresiones como: podrá disfrutar, podrá recibir, o que en la propia jurisprudencia del Estado miembro se recoja el derecho de la administración a conservar cierta discrecionalidad a la hora de conceder las prestaciones. Según reitera la jurisprudencia el alcance de las disposiciones legales reglamentarias o administrativas nacionales deben apreciarse teniendo en cuenta la interpretaciones que de ellas hacen los órganos jurisdiccionales nacionales, por lo tanto, si los órganos jurisdiccionales del Estado miembro han entendido que la administración tiene facultad de apreciación, aunque sea de modo razonable y no arbitrario, no estaríamos ante una prestación de seguridad social incluida en el Reglamento, entendiéndose como una prestación asistencial excluida del ámbito de coordinación de la seguridad social.

Según el artículo 9 del Reglamento 883/2004, los Estados miembros están obligados a comunicar cuales son las prestaciones que están dentro del ámbito de aplicación del Reglamento, sin embargo, el TJUE ya ha indicado en diferentes sentencias que la no notificación por parte de un Estado miembro de la declaración de que una ley está dentro del ámbito de aplicación del Reglamento no tiene por efecto excluir *ipso facto* a dicha ley del ámbito de aplicación del Reglamento 883/2004.

3. PRINCIPIO DE ASIMILACIÓN DE HECHOS COMO ENGARCE ENTRE PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL Y PRESTACIONES ASISTENCIALES A LA LUZ DE LA SENTENCIA DEL TJUE DEL 12/03/2020. ASUNTO C-769/18

En los apartados anteriores, se ha realizado un breve estudio sobre la coordinación del sistema de la seguridad social en el marco de la Unión Europea, entendiéndolo necesario para poder profundizar en el asunto C-769/2018, donde se tratarán asuntos complejos como el campo de aplicación del Reglamento, debiendo conocer qué se entiende por prestaciones en materia de seguridad social, y la profundización del principio jurisprudencial de asimilación de prestaciones ingresos y hechos.

3.1 Contextualización

El asunto C 769/2018 tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal de Casación Francés, mediante resolución de 29 de noviembre de 2018 recibida en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 7 de diciembre de 2018 en el procedimiento *Caisse d'assurance retraite et de la santé au travail d'Alsace -Moselle y SJ, Ministre chargé de la Sécurité sociale*.

El caso objeto de estudio trata de Doña SJ, de nacionalidad francesa aunque residente en Stuttgart (Alemania), con una hija con discapacidad nacida en 1981. Doña SJ trabajó sucesivamente en Francia y en Alemania como profesora adjunta en calidad de funcionaria del Ministerio de Educación francés.

Desde el año 1995 el Ayuntamiento de Stuttgart (Alemania), abona a Doña SJ una ayuda para la integración de los niños y adolescentes con discapacidad mental en virtud del artículo del artículo 35^a, del libro VIII del Código de Seguridad Social alemán, (en lo sucesivo ayuda alemana). La litigante Doña SJ solicitó su pensión de jubilación, no estando de acuerdo con la resolución de la misma, por lo que interpuso una reclamación en la que impugnaba, por un lado, la fecha en la que surtía efecto la prestación (no siendo esta parte objeto de este estudio) y por otro, la no aplicación de los períodos asimilados a la cotización que se prevén en la normativa francesa por el cuidado de un hijo con discapacidad. Concretamente, el artículo el 351-14-1 del Código de Seguridad Social francés reconoce a sus afiliados que hayan tenido a su cargo un hijo con discapacidad un período de cotización de un trimestre por 30 meses de crianza (con un máximo de 8 trimestres). Para la aplicación de este régimen será preciso que el progenitor tuviera derecho a la prestación por crianza de un hijo con discapacidad y a su complemento en virtud del artículo el 541-1 de dicho código (en lo sucesivo incremento del porcentaje de la pensión). Hay que tener en cuenta que la legislación francesa establece para poder tener acceso a esta prestación que el descendiente deberá alcanzar un grado de discapacidad permanente mínimo de un 80%. La reclamación que interpuso la Señora SJ interesando el reconocimiento del acogimiento a este régimen fue desestimada en vía administrativa por lo que interpuso recurso ante los tribunales franceses del contencioso general de la seguridad social.

El tribunal des affaires de sécurité sociale de Strasbourg (Tribunal de Seguridad Social de Estrasburgo, Francia) desestimó las pretensiones de Doña SJ. Al presentar recurso de apelación la cour d'appel de Colmar (El Tribunal de Apelación de Colmar, Francia), revocó la sentencia anterior en lo referente al importe de dicha pensión considerando que procedía tener en cuenta el incremento del porcentaje de la pensión previsto en la legislación francesa, basándose en el artículo 5 del reglamento 883/2004. El Tribunal consideró que la ayuda alemana era equivalente a la prestación de crianza de un hijo con discapacidad prevista en el artículo el 541-1 del código de Seguridad Social francés (prestación francesa), dictando el derecho al incremento del porcentaje de la pensión por importe correspondiente a 8 trimestres de vida laboral.

La Carsat interpuso un recurso de casación ante la *Cour de cassation* (Tribunal de Casación, Francia), alegando que la cour d'appel de Colmar (Tribunal de Apelación de Colmar) había infringido el

PRESTACIONES DE SEGURIDAD VERSUS PRESTACIONES ASISTENCIALES

artículo 5 del reglamento núm. 883/2004 y los artículos L.351-4-1 y L- 541-1 del Código de la Seguridad Social francés, al considerar que la ayuda alemana y la prestación francesa eran equivalentes, sin comprobar previamente si la hija discapacitada de SJ, padecía una incapacidad permanente de al menos el 80% que daba derecho al incremento de porcentaje de la pensión.

En su recurso alegan la posible discriminación inversa de los afiliados únicamente en Francia con respecto de aquellos sujetos a sistemas de prestaciones de otros Estados miembros.

Continúan, y esta es una de las partes, que principalmente se estudiará en lo sucesivo, indicando que la prestación francesa es una prestación familiar comprendida en el ámbito de aplicación material del reglamento núm. 883/2004 mientras que la ayuda alemana parece estar comprendida en el ámbito de la ayuda social y la asistencia, desarrolladas en 3.5.a del Reglamento, excluidas de del ámbito de aplicación. A todo lo anterior, añade, que dicha ayuda no figura en la declaración notificada por el Gobierno alemán en virtud del artículo 9 de dicho Reglamento, relativa a la comunicación que el gobierno alemán debe de hacer para comunicar las prestaciones que están dentro del ámbito de aplicación del Reglamento.

La *Cour de cassation*, ante este panorama judicial, planteó al Tribunal de Justicia dos cuestiones:

- « 1. ¿Está comprendida la [ayuda alemana] en el ámbito de aplicación material del Reglamento n.º 883/2004?
2. En caso de que se responda afirmativamente a la primera cuestión, ¿son prestaciones equivalentes, en el sentido del artículo 5, letra a), del Reglamento n.º 883/2004, por una parte, la [prestación francesa] y, por otra parte, la [ayuda alemana], habida cuenta de la finalidad del artículo L. 35141 del Código de Seguridad Social francés, esto es, la toma en consideración de las cargas inherentes a la crianza de un hijo con discapacidad para la determinación del período de cotización que da derecho a la concesión de una pensión de jubilación?»

3.2 Respuestas a las cuestiones prejudiciales planteadas por la *Cour de cassation* francesa.

La primera de las cuestiones que la *Cour de cassation* (Tribunal de Casación francés) plantea al Tribunal de Justicia es sí la ayuda alemana está comprendida en el ámbito de aplicación material del Reglamento 883/2004, constituyendo a efectos del artículo 3 una prestación de seguridad social.

Esta ayuda no está confirmada por la República Federal alemana como comprendida en el ámbito de aplicación del Reglamento, sin embargo, el Tribunal de Justicia, como fundamentó en el apartado 30 de la sentencia de 25 de julio de 2018, asunto C-679/16²⁴, sí como en las siguientes sentencias: sentencia de 14 de marzo de 2019, Dreyer, C-372/18²⁵, en su apartado 31, sentencia de 25/07/2018, sen-

24 Accesible en <http://u.uma.es/2n/>

25 Accesible en <http://u.uma.es/1L/>

PRESTACIONES DE SEGURIDAD VERSUS PRESTACIONES ASISTENCIALES

tencia de 5 de marzo de 1998, Molenaar, C160/96, apartado 19, de 16 de septiembre de 2015, Comisión/Eslavaquia, C433/13, apartado 70, y de 25 de julio de 2018, C679/16, apartado 31.

Para poder responder a esta cuestión prejudicial el TJUE entra a valorar los dos requisitos acumulativos que debe de cumplir la prestación para que se entienda como prestación de seguridad social, recordando que, si uno de estos dos requisitos no se cumple, la prestación de la que se trate no será considerada prestación de seguridad social a efectos del Reglamento, siendo los siguientes los dos requisitos:

1. Se debe conceder a sus beneficiarios al margen de cualquier apreciación individual y discrecional de sus necesidades personales en función de una situación generalmente definida.
2. Que el riesgo esté expresamente enumerado en el artículo 3, apartado 1, del Reglamento número 883/2004.

El primero de los requisitos se centra en el estudio de la concesión de la prestación, valorando si se realiza con criterios objetivos sin que la autoridad competente pueda tener en cuenta otras circunstancias personales. La sentencia pone como ejemplo de criterio objetivo una prestación que se calcula teniendo en cuenta los ingresos del beneficiario, debido a que la concesión de esta prestación no se basa en una apreciación individual de las necesidades personales del solicitante, sino que está basada en un criterio objetivo y definido, no teniendo la autoridad laboral capacidad para tener en cuenta otras circunstancias personales ni discrecionalidad.

A sensu contrario, para poder apreciar que no se cumple con criterios objetivos y legalmente definidos el TJUE aclara que la apreciación discrecional por la autoridad competente de las necesidades personales del beneficiario de una prestación debe referirse, ante todo, al nacimiento del derecho a dicha prestación. “Esas consideraciones son válidas, *mutatis mutandis*, en lo que atañe al carácter individual de la apreciación, por la autoridad laboral competente, de las necesidades personales del beneficiario de una prestación”, recogiendo así en el apartado 29 de la sentencia objeto de este estudio, así como el apartado 38 de la sentencia de 25 de julio de 2018, C-679/16, como el apartado 35 de la sentencia de 14/03/2019, C-372/18, Ministre de L´action et Comptes publics y Raymond Dreyer y esposa.

La ayuda alemana, recogida en el artículo 35^a del libro VIII del Sozialgesetzbuch (Código de Seguridad Social), es una ayuda a la integración de niños y adolescentes con discapacidad mental que se concede en función de las necesidades individuales, “sobre la base de apreciación individual y discrecional por parte de la autoridad competente”, no estando supeditada a requisitos objetivos, como podría ser un nivel determinado de discapacidad o porcentaje, por lo tanto, la ayuda alemana no cumple con el primer requisito indicado anteriormente. La sentencia entra a valorar por extensión del artículo 3.3 del Reglamento, si es una prestación en metálico no contributivas contemplada en el artículo 70, y, por ende, dentro del ámbito de aplicación del Reglamento, pero entiende que no es este tipo de prestación al no estar comprendido en el anexo X del Reglamento, y por tanto excluida de la coordinación del sistema de seguridad social.

PRESTACIONES DE SEGURIDAD VERSUS PRESTACIONES ASISTENCIALES

Así pues, la respuesta a la primera cuestión prejudicial planteada por la *Cour de cassation* francesa (¿Está comprendida la [ayuda alemana] en el ámbito de aplicación material del Reglamento nº 883/2004?), es que la ayuda alemana no constituye prestación a los efectos del artículo 3 de Reglamento, como consecuencia, no está comprendida en el ámbito material de aplicación de citado Reglamento.

La segunda de las cuestiones prejudiciales planteadas por la *Cour de cassation* francesa se pregunta si en el caso de responderse afirmativamente la primera de las cuestiones, el artículo 5, letra a) del Reglamento nº883/2004 debería interpretarse en el sentido que la prestación francesa y alemana pueden considerarse prestaciones equivalentes a efectos de dicha disposición. La respuesta a esta pregunta es sencilla una vez realizado el análisis a la primera cuestión debido a que, al no entenderse la ayuda alemana como una prestación de seguridad social tampoco le podrá ser de aplicación el artículo 5 del Reglamento. Con estas respuestas se resuelven las dos cuestiones prejudiciales planteadas, sin embargo, el TJUE, en su obligación de proporcionar al juez una respuesta útil que le permita enjuiciar el litigio²⁶, reformula las cuestiones que se le han planteado para que la *Cour de cassation* francesa pueda resolver el litigio, indicando en la sentencia en el apartado 39: “en efecto, el Tribunal de Justicia tiene la misión de interpretar cuantas disposiciones del derecho de la Unión sea necesario para que los órganos jurisdiccionales nacionales puedan resolver los litigios que se le hayan sometido aun cuando tales disposiciones no se mencionen expresamente las presiones remitida por dichos órganos jurisdiccionales sentencia de 13 de junio 2019, Moro, C-646/17, apartado 39 y jurisprudencia citada”.

Es muy interesante observar como el Tribunal de Justicia, tras el estudio de la motivación de la resolución de remisión y de todos los elementos de interpretación, encuentra elementos útiles para la resolución del asunto distintos de los que fueron reseñados por el órgano remitente, es decir, según señala el propio TJUE “con independencia de que dicho órgano jurisdiccional haya hecho o no referencia a ellos en el enunciado de sus cuestiones”.

3.3 Asimilación de hechos o acontecimientos. Solución al amparo del artículo 267²⁷ TFUE

Tribunal de Justicia en su potestad de reformular las cuestiones que le planteó la *Cour de cassation* (Tribunal de Casación, Francia) replantea la segunda cuestión prejudicial en los siguientes

26 Según lo establecido en el artículo 267 TFUE, así como en la sentencia TJUE de 13 de junio de 2019, Moro, C-646/17, apartado 39. Accesible en <http://u.uma.es/2x/>

27 El artículo 267 del TFUE, establece: “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: a) sobre la interpretación de los Tratados; b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión; Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo. Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal. Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad.”

PRESTACIONES DE SEGURIDAD VERSUS PRESTACIONES ASISTENCIALES

términos “debe entenderse en el sentido de que tiene por objeto dilucidar si el principio de asimilación de hechos recogido en el artículo 5, letra B, de dicho Reglamento, como expresión concreta del principio general de no discriminación, se aplica en circunstancias como las del litigio principal.” El proceso se centra en saber si Doña SJ tiene derecho al incremento del porcentaje establecido en la legislación gala teniendo en cuenta las circunstancias que dieron lugar a la concesión de la ayuda alemana, sabiendo que esta ayuda la percibió como trabajadora migrante, y con arreglo a la normativa alemana. Si recordamos lo recogido en el apartado 1.1.1 de este análisis jurisprudencial uno de los principios fundamentales de la coordinación de los sistemas de seguridad social es la igualdad de trato, recogida en el artículo 4 y la asimilación de prestaciones, ingresos, hechos o acontecimientos recogida en el artículo 5 del Reglamento, ambas como principio de no discriminación. Pues bien, el análisis que hace el TJUE tiene como propósito resolver si el principio de asimilación de hechos se aplica en circunstancias como las del litigio.

Para que se entienda aplicable el principio de asimilación de hechos se deben de reunir dos requisitos:

1. Verificar si el incremento de porcentaje de la pensión francés está comprendido en el ámbito de aplicación del Reglamento.
2. Comprobar si la disposición nacional atribuye efectos jurídicos a la concurrencia de determinados hechos o acontecimientos a efectos del artículo 5 letra B de dicho Reglamento.

Del estudio realizado anteriormente sobre prestación de seguridad social versus prestación social, se deduce que el incremento del porcentaje de la pensión de jubilación podría estar en el ámbito de aplicación del Reglamento como prestación de seguridad social. Manteniendo el criterio anteriormente indicado, para que una sea una prestación de seguridad social, debe de estar comprendida en el artículo 3 del Reglamento, y además, debe de estar sujeta a criterios objetivos tasados, totalmente fuera de cualquier discrecionalidad, tal y como indica la sentencia en su apartado 47: “Al margen de cualquier apreciación individual y discrecional de sus necesidades personales en función de una situación legalmente definida que hayan tenido a su cargo un hijo que de derecho a la prestación francesa”. El objeto de la prestación francesa es compensar las desventajas que sufren en su vida laboral las personas que han tenido a su cargo un hijo gravemente discapacitado, encontrándose incluida como prestación de seguridad social en la medida que tiene por objeto garantizar medios de subsistencia a quienes una vez alcanzada una determinada edad dejan de trabajar y no están obligados a seguir trabajando, ni a estar a disposición del servicio de empleo, por lo que estamos ante prestaciones de vejez, según lo redactado en el artículo 3.1 del Reglamento así como por lo establecido en la sentencia del 16 de septiembre de 2015, Comisión/Eslovaquia, asunto 361/13, apartado 55.

Para el estudio del segundo de los requisitos hay que señalar que el artículo L.345-4-1 del Código de Seguridad Social francés no exige la obtención previa de la prestación francesa, sino que lo único que exige es que pudiera tener derecho a ella, es decir, que cumpla los requisitos establecidos en el artículo L.541-1 del Código de Seguridad Social francés, debiendo de tener en cuenta que el porcen-

PRESTACIONES DE SEGURIDAD VERSUS PRESTACIONES ASISTENCIALES

taje de incapacidad permanente debe de ser mínimo de un 80%. De lo anteriormente indicado se desprende que el incremento del porcentaje se basa en un hecho, aplicándose por tanto el principio de asimilación de hechos del artículo 5.b del Reglamento.

Con el planteamiento realizado por el TJUE, el principio de asimilación de hechos engarza una prestación de seguridad social con una de asistencia social, y donde aparentemente no había derecho para Doña SJ al complemento, con este nuevo planteamiento puede que si tenga derecho, debido a que la *Cour de cassation* francesa está obligada a tener en cuenta los hechos semejantes que guarden relación y hayan ocurrido en Alemania, como si hubieran ocurrido en Francia, no pudiéndose basar solamente en los criterios establecidos en el baremo francés, debiendo tener en cuenta cualquier tipo de prueba, principalmente informes médicos, certificados e incluso prescripciones de tratamientos o medicamentos. Por lo tanto, si de la documental aportada se puede desprender que el hijo de Doña SJ tiene un grado de incapacidad permanente igual o superior al 80%, tendrá derecho al complemento, siendo ahora la *Cour de cassation* quien tendrá que valorar la prueba aportada al procedimiento bajo el principio de asimilación de hechos.

4. EPÍTOME

Muy brevemente, para finalizar nuestro análisis podríamos resumir las nociones fundamentales en los siguientes términos:

1. La controversia entre prestación de seguridad social y prestación asistencial en el ámbito de coordinación de los Estados miembros al no existir una definición legal claramente identificados en la norma, existiendo dos criterios principales acumulativos establecidos por la jurisprudencia del TJUE.
2. Según el artículo 9 del Reglamento los Estados miembros deberán comunicar sus prestaciones de seguridad social entendidas al amparo del Reglamento, sin embargo, la no comunicación no la excluye de prestación de la seguridad social.
3. Por extensión del artículo 3.3 del Reglamento, si es una prestación en metálico no contributiva contemplada en el artículo 70, para que se considere prestación de seguridad social debe de estar comprendida en el anexo X del Reglamento, en caso contrario quedaría excluida.
4. El infinito mundo de la asimilación de los hechos o acontecimientos, creando la obligación de tener en cuenta los hechos semejantes que guarden relación y hayan ocurrido en otro Estado miembro como si hubieran ocurrido en su propio territorio, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad. El Tribunal, en este caso La *Cour de cassation*, no debe basarse solamente con seguridad los criterios establecidos en el baremo francés debiendo tener en cuenta cualquier tipo de prueba, principalmente informes médicos, certificados e incluso prescripciones de tratamientos o medicamentos para valorar el fondo del asunto, sin discriminación alguna.

5. Y para finalizar, lo hacemos con la reformulación de las cuestiones prejudiciales que puede llevar a cabo el TJUE según el artículo 267 TFUE y la reiterada jurisprudencia.

5. BIBLIOGRAFÍA

García de Cortázar y Nebreda, C., "Principios de Asimilación en el Reglamento 883/01", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. 3, Nº1, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2018.

Gonzalez Ortega, S., *La protección social de los trabajadores extranjeros*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2006.

Lozano Lares, F., *La protección social de las personas migrantes*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2019.

Sánchez-Rodas Navarro, C.: "Aproximación a la coordinación de regímenes de Seguridad Social en el Reglamento 883/2004 y en el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. I, núm. 1, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2016.

Sánchez-Rodas Navarro, C., "Los divergentes conceptos de asistencia social en el Derecho de la Unión Europea y sus efectos sobre la propuesta de reforma del Reglamento 883/2004", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 49, 2018.

Salas Porras, M., "Recientes interpretaciones jurisprudenciales del Reglamento 883/2004 sobre coordinación europea de los sistemas nacionales de Seguridad Social", *e-Revista Internacional de la Protección Social*. vol. V, núm. 2, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2020.



TRIBUNA DE ACTUALIDAD

REJLSS

REJLSS

Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social
abril 2021 - núm 2 ISSN-e 2660-437X

FIN DEL ESTADO DE ALARMA Y NUEVAS REALIDADES LABORALES*. Una especial atención a los mayores

END OF THE STATE OF ALARM AND NEW LABOUR REALITIES. Special attention to the elderly

Francisco A. Vila Tierno

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Málaga

Of Counsel GVA & Atencia

fvila@uma.es *ORCID 0000-0001-5718-4160*

Recepción de trabajo: 9-04-2021 - Aceptación: 09-04-2021

■ 1. ESTADO DE ALARMA, COVID Y RELACIONES LABORALES. 1.1. Fin (previsto) del Estado de Alarma. 1.2 Algunas repercusiones del fin del Estado de Alarma en el marco de las relaciones laborales. ■ 2. UNA BREVÍSIMA REFLEXIÓN EN TORNO A LOS MAYORES

* Este trabajo se enmarca en las actividades del Proyecto de Investigación en Programa Estatal de I+D+i «Retos Investigación» Orientada a los Retos de la Sociedad, RTI2018-094696-B-I00, titulado RETOS, REFORMAS Y FINANCIACION DEL SISTEMA DE PENSIONES: ¿SOSTENIBILIDAD VERSUS SUFICIENCIA?; Proyecto P18-RT-2585 "Los mayores en el contexto del empleo y la protección social: un reto para el crecimiento y desarrollo económico. Un análisis de la realidad andaluza"; concesión de ayudas a proyectos de I+D+i, destinadas a las universidades y entidades públicas de investigación calificadas como agentes del Sistema Andaluz del Conocimiento, en el ámbito del Plan Andaluz de Investigación, Desarrollo e Innovación (PAIDI 2020).Convocatoria 2018; Proyecto de Investigación "LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Y EL IMPACTO EN EL ÁMBITO LABORAL Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL: EL IMPACTO SOCIO-ECONÓMICO DE LA ECONOMÍA DIGITAL", del Programa de Investigación de la Junta de Andalucía, con financiación con fondos FEDER, Ref. UMA18 FEDERJA 028; y del grupo de Investigación de la Junta de Andalucía (SEJ 347), Políticas de Empleo, Igualdad e Inserción social.

RESUMEN

Una vez que se plantea poner fin al Estado de Alarma surgen dudas en torno a las cuestiones vinculadas a las situaciones laborales derivadas de la crisis sanitaria por COVID 19. En este contexto recobran fuerza algunas previsiones normativas, como, por ejemplo, aquellas que afectan a la potenciación del teletrabajo o el mantenimiento de un Expediente de regulación temporal de empleo. Cuestiones que merecen una mínima reflexión. Más aún cuando estas medidas afectan a mayores.

PALABRAS CLAVE: Estado de Alarma, teletrabajo, relaciones laborales, mayores.

ABSTRACT

Once it is considered to put an end to the State of Alarm, doubts arise about the issues linked to the employment situations arising from the health crisis by COVID 19. In this context, some normative provisions are gaining strength, such as those that affect the enhancement of telework or the maintenance of an temporary employment regulation Dossier. Issues that deserve minimal attention. Even more so when these measures affect to elderly.

KEYWORDS: State of Alarm telework, labour relations, elderly.

1. ESTADO DE ALARMA, COVID Y RELACIONES LABORALES

1.1 Fin (previsto) del Estado de Alarma

Durante el mes de abril de 2021, a un mes vista de la finalización del último Estado de Alarma decretado como consecuencia de la pandemia mundial por COVID 19, y dentro de la incertidumbre que venimos padeciendo ante las eventuales “nuevas olas” de contagios, el Presidente del Gobierno de la Nación ha señalado que no entraba dentro de sus objetivos prorrogar dicha situación de excepcionalidad.

Recuérdese, aunque no sea preciso, que la vigencia de tal Estado de Alarma presupone la posibilidad de establecer instrumentos que afecten a Derechos Fundamentales¹ y, en este caso, la justificación es obvia: limitar movimientos e interacción social como medida de contención de la enfermedad. La duda, que no se entra a resolver en estos epígrafes, es si al margen de esta herramienta constitucional existen disposiciones normativas suficientes para amparar otras medidas.

A tal efecto, la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública dispone en su art. 14, otorga la máxima atribución de competencias al Ministerio de Sanidad para las actuaciones en situaciones de alarma. Lo que se completa con el art. 54 respecto a la adopción de medidas excepcionales. Es decir, que se reconoce centralidad, en la toma de decisiones al Ministerio de Sanidad en estas situaciones (Vid. con carácter previo, Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad).

Decisiones, que, como no puede ser de otro modo, han tenido una repercusión en el marco de las relaciones laborales. Pero este Estado de Alarma tiene plazo de caducidad. Y la vuelta a la normalidad —vieja o nueva—, supondrá, de igual modo, una repercusión sobre las relaciones laborales que mantengan su continuidad. No obstante, existe o debe existir un período de transición, en el que la realidad de la crisis sanitaria predetermina el resto de órdenes, de manera que el empleo, como cualquier otro aspecto social o económico, va a venir condicionado por las premisas marcadas por las autoridades competentes en materia sanitaria y por las normas que, con esta naturaleza, se dicten para preservar la salud y la propia vida, como bienes prioritarios de protección constitucional².

1 “Es posible [...] una afectación importante en algunas libertades como consecuencia de las medidas previstas en el art. 11 LO 4/1981, que faculta al Gobierno para imponer límites a la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, practicar requisas temporales de bienes, imponer prestaciones personales obligatorias, ocupar transitoriamente todo tipo de industrias y explotaciones, racionar el consumo de artículos de primera necesidad e imponer las órdenes necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios afectados por una huelga o una medida de conflicto colectivo” -Sinopsis art. 116 CE: Esto es, en esencia, que se habilita al Gobierno a dictar una serie de medidas que pueden restringir derechos y libertades. ¿Cuándo? Cuando, según lo establecido, entre otras, en el art. 42 b) LO 4/1981, “se produzca alguna de las siguientes alteraciones graves de la normalidad [...] Crisis sanitarias, tales como epidemias [...]”. <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=116&tipo=2>.

2 En este sentido puede recordarse como la STC 139/2016, de 21 de julio, dispone que “la naturaleza del derecho a la salud como principio rector no implica que el art. 43 CE constituya una norma únicamente programática, vacía de contenido, sin referencias que lo informen, especialmente con relación al legislador, que debe configurarlo en virtud del mandato del art. 43.2 CE para que establezca las prestaciones necesarias para tutelar la salud pública (STC 233/2007, de

1.2 Algunas repercusiones del fin del Estado de Alarma en el marco de las relaciones laborales

En un contexto como el de crisis sanitaria, han cambiado las relaciones entre particulares y, entre otras, las relativas al ámbito de las relaciones laborales³. La necesidad de dar respuesta a la enfermedad y limitar su expansión, obligaba a la adopción de medidas de distancia de seguridad, de utilización de equipos de protección individual, de limitaciones de aforo, de dar preferencia al teletrabajo⁴, suspender o reducir la jornada por fuerza mayor, etc. Y ello no era más que la respuesta a una realidad incontestable, el reconocimiento del derecho a la vida como un Derecho Laboral Fundamental Inespecífico⁵.

Eso ha conllevado a proveer soluciones coyunturales mediante una extensa y compleja normativa de urgencia que trató de dar respuesta a una situación imprevista, sin precedentes conocidos en tiempos recientes y que ha supuesto un antes y después para el conjunto de la sociedad⁶.

En ese marco normativo de nueva creación, se incluyen normas que tienen un espíritu de transición hacia esa nueva normalidad —si es que esta realidad existe o puede llegar a existir—. Es el caso, del RDL 21/2020, de 9 de junio, sustituido por la Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Tanto en una como en otra norma, que están destinadas a establecer herramientas para la prevención, contención y coordinación frente al COVID 19 una vez que se van iniciando las fases de relajación de las restricciones, incluyen, como Capítulo II las “Medidas de prevención e higiene” —con un régimen de aplicación expresamente previsto en el art. 2—. Entre esas medidas, se encuentran, por ejemplo, el uso de mascarillas o la distancia de seguridad o otras obligaciones para el empleador, como “adoptar medidas para la reincorporación progresiva de forma presencial a los puestos de trabajo y la potenciación del uso del teletrabajo cuando por la naturaleza de la actividad sea posible”.

5 de noviembre; 154/2006, de 22 de mayo, y 14/1997, de 28 de enero). En consecuencia, el art. 43 CE debe ser considerado como un principio rector constitucional dirigido a orientar y determinar la actuación de los poderes públicos (ATC 221/2009, de 21 de julio, FJ 4), expresivo de “un valor de indudable relevancia constitucional” (ATC 96/2011, FJ 5), lo que se traduce en su obligación “de organizar” la salud pública y de “tutelarla a través de las medidas, las prestaciones y los servicios necesarios” (STC 95/2000, de 10 de abril, FJ 3”).

- 3 Vid. en este sentido: Casas Baamonde, M.E y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. “Un nuevo Derecho del Trabajo en la emergencia. Las medidas laborales y de seguridad social excepcionales en el estado de alarma declarado por la crisis sanitaria de Covid-19”, *Derecho de las relaciones laborales*, Nº. 4, 2020 (Ejemplar dedicado a: El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la Pandemia de COVID-19), págs. 317-348.
- 4 Sobre el teletrabajo y otras cuestiones relacionadas con el empleo y las nuevas tecnologías, vid. el trabajo de Gómez Salado, M. Á. *La cuarta revolución industrial y su impacto sobre la productividad, el empleo y las relaciones jurídico-laborales: desafíos tecnológicos del siglo XXI*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.
- 5 Vid. López Insua, B. M. “Derecho a la vida y a la integridad física: [Art. 15 y normas concordantes]” en AA.VV. *Derechos laborales fundamentales inespecíficos* / José Luis Monereo Pérez (dir.), Francisco Vila Tierno (dir.), Juan Carlos Álvarez Cortés (dir.), 2020, págs. 503-538.
- 6 Vid. Rojo Torrecilla, E. “Emergencia sanitaria y legislación laboral. ¿Qué respuestas a la crisis? Un primer análisis de la normativa dictada en España”, *Derecho de las relaciones laborales*, Nº. 4, 2020 (Ejemplar dedicado a: El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la Pandemia de COVID-19), págs. 384-406.

De manera amplia, el precepto de referencia dispone lo siguiente:

“Artículo 7. Centros de trabajo.

1. *Sin perjuicio del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales y del resto de la normativa laboral que resulte de aplicación, el titular de la actividad económica o, en su caso, el director de los centros y entidades, deberá:*

a. Adoptar medidas de ventilación, limpieza y desinfección adecuadas a las características e intensidad de uso de los centros de trabajo, con arreglo a los protocolos que se establezcan en cada caso.

b. Poner a disposición de los trabajadores agua y jabón, o geles hidroalcohólicos o desinfectantes con actividad virucida, autorizados y registrados por el Ministerio de Sanidad para la limpieza de manos.

c. Adaptar las condiciones de trabajo, incluida la ordenación de los puestos de trabajo y la organización de los turnos, así como el uso de los lugares comunes de forma que se garantice el mantenimiento de una distancia de seguridad interpersonal mínima de 1,5 metros entre los trabajadores. Cuando ello no sea posible, deberá proporcionarse a los trabajadores equipos de protección adecuados al nivel de riesgo.

d. Adoptar medidas para evitar la coincidencia masiva de personas, tanto trabajadores como clientes o usuarios, en los centros de trabajo durante las franjas horarias de previsible mayor afluencia.

e. Adoptar medidas para la reincorporación progresiva de forma presencial a los puestos de trabajo y la potenciación del uso del teletrabajo cuando por la naturaleza de la actividad laboral sea posible.

2. *Las personas que presenten síntomas compatibles con COVID-19 o estén en aislamiento domiciliario debido a un diagnóstico por COVID-19 o que se encuentren en periodo de cuarentena domiciliaria por haber tenido contacto estrecho con alguna persona con COVID-19 no deberán acudir a su centro de trabajo.*

3. *Si un trabajador empezara a tener síntomas compatibles con la enfermedad, se contactará de inmediato con el teléfono habilitado para ello por la comunidad autónoma o centro de salud correspondiente, y, en su caso, con los correspondientes servicios de prevención de riesgos laborales. De manera inmediata, el trabajador se colocará una mascarilla y seguirá las recomendaciones que se le indiquen, hasta que su situación médica sea valorada por un profesional sanitario”.*

Se presenta, de este modo, un escenario claro de actuaciones que condiciona y delimita el desarrollo de la actividad laboral, en cuanto que las medidas destinadas al control de la enfermedad siguen siendo el elemento en torno al que giran todas y cada una de las actuaciones de la vida diaria.

FIN DEL ESTADO DE ALARMA Y NUEVAS REALIDADES LABORALES

Si, a partir de estas premisas, la prestación sigue afectada y no puede realizarse de la manera en que venía siendo habitual, el hecho de que no continúe el Estado de Alarma no supondrá la desaparición de las causas que motivaron la adopción de una medida adaptativa a esa realidad.

Consecuentemente, si sigue siendo imposible el desarrollo ordinario de la actividad por las circunstancias relativas a la enfermedad y los contagios, nada impedirá el mantenimiento de los ERTes. Por el contrario, esas mismas circunstancias son la que determinarán la posibilidad de acogerse a ésta u a otras medidas alternativas. O incluso —como se está empezando a apreciar cada vez con mayor frecuencia—, se plantean ya algunas empresas, una vez superado el compromiso del mantenimiento del empleo, pasar de las suspensiones o reducciones a extinciones —lo que exigirá estar especialmente atento a las resoluciones judiciales que vayan midiendo la razonabilidad de estas últimas—. No obstante, en un proceso de transición como el que hemos señalado, será preciso analizar los cambios normativos que se puedan producir respecto de los ERTes COVID. Tal y como ha venido ocurriendo a lo largo de todo el año 2020 y principios de 2021, con la aparición sucesiva de modificaciones en las figuras y características de aquellas figuras de flexibilidad interna.

Al amparo de esas variaciones legislativas y la evolución de la pandemia, será necesario comprobar, por ejemplo, en que situaciones, se justificaría renunciar a un ERTE por fuerza mayor para pasar a un ETOP. O cuando se ampara la utilización de éste en momentos en los que las restricciones —depende de los sectores— se van reduciendo y ya no es posible acogerse a dicha fuerza mayor. En este sentido, que se supriman —en un período breve, se supone— las restricciones de movimiento, no tiene porqué imposibilitar el desarrollo de una actividad empresarial, pero sí que ésta se encuentre fuertemente resentida y afectada, por lo que podrían entenderse como causas productivas —o económicas—, de manera que sea factible el citado ERTE ETOP —y preferible a medidas más drásticas como los despidos—.

En cualquier caso, prima un dato: el ERTE debe seguir siendo una medida razonable. Y para ello, como nos recuerda la SAN 43/2020, de 29 de junio, resulta adecuada “la doctrina que viene manteniendo la Sala IV del TS en orden al control judicial de la proporcionalidad y razonabilidad de las medidas de flexibilidad adoptadas por el empleador, la cual si bien elaborada principalmente respecto del despido colectivo, resulta perfectamente extrapolable a supuestos de suspensiones de contratos de trabajo. Dicha doctrina aparece expuesta en la STS de 20-3-2.019 —rcud 1784/2017—”.

Sentencia que, además, nos sirve para enlazar con otra cuestión adicional: la preferencia por el teletrabajo⁷, en tanto que en la misma se analiza la oportunidad de un ERTE que convive o puede convivir con esta modalidad de prestación de servicios⁸. Más allá de la resolución concreta, interesa

7 Sobre esta materia, vid. en extenso: Vila Tierno, F. "Definición y delimitación del trabajo a distancia: el teletrabajo" en AA.VV. Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales. Nuevos paradigmas para comprender el derecho del trabajo del siglo XXI / Monereo Pérez, J.L.; Esposito, M.; Vila Tierno, F.; Perán Quesada, S. (direcc.), editorial Comares, 2021.

8 Así, expresamente, viene a señalar que "la decisión no colma con la priorización del Teletrabajo que impone el art. 16 del RD Ley 8/2.020, ya que tal priorización legal del teletrabajo implica un esfuerzo de las empresas en poner los medios para que ello sea posible y debe suponer, cosa , la especificación de, entre los puestos de trabajo de la compañía, cuales pueden desarrollarse a distancia y cuáles no, debiendo quedar desafectados aquellos puestos de trabajo que

FIN DEL ESTADO DE ALARMA Y NUEVAS REALIDADES LABORALES

destacar de ésta dos aspectos relevantes: que se refería a la preferencia legal del teletrabajo que ya ha desaparecido y la diferente finalidad que se le reconoce a cada una de las medidas citadas.

Pero la prevalencia del trabajo a distancia ya ha sido derogada (desde el 21 de septiembre de 2020)⁹. Ahora, en los términos señalados por la Ley 2/2021 (y antes por el RDL 21/2020), se obliga a las empresas a potenciarlo, en la medida que sea posible, pero señalando, de manera un tanto confusa, al teletrabajo, no al trabajo a distancia: “el legislador, consciente o inconscientemente, incurre en un error de bulto: hace alusión al teletrabajo —sin definición legal— y no al trabajo a distancia —que sí la tenía en el art. 13 ET—. Llama la atención, por tanto, que se remita a una realidad que no existe como tal en nuestro ordenamiento. A partir de aquí, surgen nuevos cuestionamientos: ¿utiliza el término teletrabajo de manera coloquial? ¿debe entenderse como sinónimo a trabajo a distancia? ¿es necesario acudir a la diferenciación posterior del RDL 28/2020? ¿la potenciación es sólo para lo que se entiende de manera estricta por teletrabajo o se refiere a cualquier tipo de trabajo a distancia?”¹⁰

Es cierto que cuando se regula esta medida por el RDL 21/2020, todavía no se ha definido el trabajo a distancia y el teletrabajo pero, ¿por qué cuando el legislador regula de nuevo la misma medida por la Ley 2/2021 no cambia esta referencia pasando a aludir al trabajo a distancia? ¿por qué mantiene el concepto más estricto de teletrabajo?¹¹ ¿supone esto que un trabajador no podría reclamar esta potenciación si no es literalmente teletrabajo?

Todo ello enlaza, finalmente, con la situación provocada por el efecto de la Disposición transitoria tercera del RDL 28/2020, cuando en alusión al “Trabajo a distancia como medida de contención sanitaria derivada de la COVID-19”, establece que “Al trabajo a distancia implantado excepcionalmente en aplicación del artículo 5 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, o como consecuencia de las medidas de contención sanitaria derivadas de la COVID-19, y mientras estas se mantengan, le seguirá resultando de aplicación la normativa laboral ordinaria [...]”. En otras palabras, dejar fuera de la protec-

se haya determinado que pueden desarrollarse a distancia. Alegación esta que no es compartida por la Sala, ya que la implementación y priorización del teletrabajo durante la pandemia que estamos padeciendo obedece, principalmente, a motivos sanitarios— ya que se trata de una forma de desarrollo de la prestación laboral en la que se minimizan los contactos interpersonales y el consiguiente riesgo de contagio de un patógeno de la virulencia del COVID 19— mientras que la suspensión adoptada, obedece a un objeto diferente, esto es, ajustar el volumen de plantilla a la actividad efectiva de la empresa. Y resulta carente de toda lógica suponer que la situación de crisis patronal que pudiera implicar un excedente coyuntural plantilla desaparezca por el hecho de que los servicios se presten en régimen de teletrabajo. Por otro lado, la priorización del teletrabajo, ha sido permanente en todo el periodo de consultas y las propuestas y ofertas que realizó la empresa”. Por tanto, el teletrabajo se identifica con las medidas diseñadas o utilizadas para evitar el contagio, mientras que al ERTE se le reconoce otra finalidad que lo hace compatible.

9 Lousada Arochena, J.F. “El teletrabajo en la legislación de emergencia antipandemia”, *El Derecho.com, Lefebvre*, publicación on line (<https://elderecho.com/el-teletrabajo-en-la-legislacion-de-emergencia-antipandemia>). Sierra Benitez, E.M. “¿Se mantiene el carácter preferente del trabajo a distancia en su nueva regulación?”, *e-Revista Internacional de Protección Social*, 2020, Vol. V, núm. 2, págs. 8-10 (<https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2020.i02.01>), págs. 8 - 10.

10 Vila Tierno, F. “Definición y delimitación...” *Loc. cit.*

11 Vid. sobre las diferencias conceptuales, v.gr. Todolí Signes, A. “La regulación del trabajo a distancia”, *Derecho de las relaciones laborales*, Núm. 11, 2020 (Ejemplar dedicado a: El trabajo a distancia), págs. 1493-1504.

FIN DEL ESTADO DE ALARMA Y NUEVAS REALIDADES LABORALES

ción y regulación de la normativa del trabajo a distancia —también de normas específicas sobre despido o modificación sustancial de condiciones de trabajo— a cualquier trabajador que asuma el trabajo a distancia como consecuencia del COVID o de la potenciación expresamente prevista del teletrabajo por la reiterada Ley 2/201. Pero es que, además, esta disposición transitoria, se remite a la regulación ordinaria que, como consecuencia de la nueva regulación del art. 13 ET ha desaparecido —“Las personas trabajadoras podrán prestar trabajo a distancia en los términos previstos en el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia”—. La consecuencia última es que se obliga a aplicar la regulación común, como si no fuera trabajo a distancia. Y ello puede ser especialmente gravoso para trabajadores mayores, especialmente sensibles a los cambios producidos en este entorno.

Por último, no debe olvidarse que existen normas precedentes y generales e el ámbito de las relaciones laborales que se pueden seguir aplicando. Así, la LPRL, en su artículo 53, incluye una medida instrumental adecuada para estas circunstancias, facultando al Gobierno o a los órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas —con competencias en la materia—, la suspensión o cierre del centro de trabajo “cuando concurren circunstancias de excepcional gravedad en las infracciones en materia de seguridad y salud en el trabajo”. Esto implica que si no se garantizan las medidas de seguridad y las restricciones impuestas para garantizar la Salud, es posible una actuación directa de cierre de establecimientos. De este modo, nos tenemos que preguntar, por ejemplo, si la prestación en las empresas, teniendo como marco de referencia el art. 7 de la Ley 2/2021 es factible con lo previsto en el art. 21 LPRL, de manera que aun no procediéndose a la adopción de las medidas de garantía por las empresas, los órganos competentes —estatales o autonómicos— actuarían mediante el cierre, una herramienta que no se ha apreciado en estos tiempos de pandemia con frecuencia, pero que podría surgir o adquirir relevancia en este tiempo de transición¹².

Junto a ellas, todos los mecanismos de flexibilidad interna que, a la espera de una posible reforma laboral que los retoque o los modifique, se siguen manteniendo en la actualidad¹³. Mecanismos que, en las circunstancias descritas y al amparo de la Ley 2/2021 y la DT 3ª RDL 28/2020 pueden tener una especial incidencia si se relacionan con el teletrabajo.

2. UNA BREVÍSIMA REFLEXIÓN EN TORNO A LOS MAYORES

Atendiendo a las circunstancias antes expuestas y resultado de lo que puede ser una época *postco-vid*, se puede apreciar como dos realidades se van implementando de manera expansiva en el pe-

12 En la Sentencia del Juzgado de lo Social de Vigo, de 22 de julio de 2020, se debatía sobre los elementos relativos a las garantías para la Salud previstas en el art. 21 PRL y la prevalencia del teletrabajo, como medida específica de utilización obligatoria en su momento. Ejemplo que puede servir de referencia para otras obligaciones impuestas legalmente.?

13 Extensamente se ha tratado esta materia en: Vila Tierno, F. “Crisis del empleo en la situación generada por el Covid-19. Antecedentes” en AA.VV. *La respuesta normativa a la crisis laboral por el COVID-19* / coord. por Marina Fernández Ramírez; Francisco Vila Tierno (dir), 2020, págs. 15-44. Acceso a texto completo: <https://laborum.es/catalogo/a-respuesta-normativa-a-la-crisis-laboral-por-el-covid-19/>

FIN DEL ESTADO DE ALARMA Y NUEVAS REALIDADES LABORALES

ríodo intermedio de transición. De un lado, la puesta en práctica, cada vez mayor, de procesos extintivos individuales, plurales y colectivos. De otra, la imparable transformación de las formas de prestación de servicios, de forma que el trabajo a distancia regulado en el RDL 28/2020 —que no ya el de la pandemia— se consolida, cada vez más, como un fenómeno en crecimiento¹⁴.

Sin embargo, en este proceso de transición ¿en qué momento las decisiones empresariales estarán vinculadas a la pandemia y cuándo no? ¿cuál será el momento exacto o la justificación adecuada para vincular una actuación a la pandemia o a otro motivo?

Esta cuestión tiene un trasfondo absolutamente relevante. Y con una trascendencia importante para el trabajador afectado, especialmente si se trata de un trabajador mayor¹⁵. Y es que, en este contexto de cambio, se van imponiendo nuevas formas de prestación, de producción, de ventas, de intercambio, de relación... en las que las TICs sustituyen al factor humano en gran medida. Todos nos hemos acostumbrado a comprar, a enseñar, a buscar, a relacionarnos... por las redes. Ya no se persigue el trato personalizado, sino lo inmediato, lo económico, la comodidad... El problema es que en toda esa transición la persona de mayor edad, el trabajador que está acostumbrado a un modelo clásico se ve directamente afectado de un modo más dramático. Es un trabajador que no se adapta fácilmente a la metamorfosis del Derecho del Trabajo¹⁶.

Pensemos, por ejemplo, en las medidas expresamente diseñadas para la defensa de los trabajadores mayores en los supuestos de extinción colectiva de las relaciones de trabajo, como las aportaciones al Tesoro Público¹⁷, no resultan muy útiles en este contexto, de una parte, porque se reservan a empresas con beneficios, de otra, porque se limitan a los despidos colectivos y, por último, porque se van utilizando vías alternativas a las propias extinciones por despido —pero que pueden, igualmente, derivar en la extinción contractual—. Pero es que, además, tal y como antes nos hemos preguntado, una cuestión relevante es si la causa COVID cómo y cuándo puede ser alegada. Es el caso, por ejemplo, de la denominada prohibición de despedir que se introduce en el art. 2 del RDL 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19 y que como consecuencia de las sucesivas prórrogas, se mantendrá hasta 31 de mayo de 2021¹⁸.

¹⁴ Henar Cuesta, A. "Del recurso al teletrabajo como medida de emergencia al futuro del trabajo a distancia", *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, Nº 43, 2020 (Ejemplar dedicado a: Las relaciones entre empleo e inclusión social: transformaciones y retos de futuro).

¹⁵ Vila Tierno, F. y Álvarez Cortés, J.C. "Rentas del trabajo y futuro de las pensiones. Especial atención a la situación de los mayores" en AA.VV. *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible: III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*. [Madrid, 17 y 18 de octubre de 2019], Vol. 2, 2019, págs. 589-602.

¹⁶ Monereo Pérez, J.L. *La metamorfosis del Derecho del trabajo*, Albacete, Editorial Bomarzo, 2017.

¹⁷ Vila Tierno, F. "Aportaciones al Tesoro Público en el contexto del art. 51 ET. Determinación de la cuantía". *Derecho de las relaciones laborales*, Núm. 7, 2015, págs. 779-784

¹⁸ Por el art. 3.6 del Real Decreto-ley 2/2021, de 26 de enero, antes por el art. 6 del Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre y por el art. 7 del Real Decreto-ley 24/2020, de 26 de junio.

FIN DEL ESTADO DE ALARMA Y NUEVAS REALIDADES LABORALES

Tomemos, en línea con lo anterior, como referencia algunos preceptos estatutarios. Por un lado, respecto al art. 41 ET y las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (causas técnicas), aunque esta posibilidad requiere una aclaración posterior. Si nos situamos, de otra parte, en la esfera del despido, podemos centrarnos en el despido por causas objetivas y tres causas se pueden vincular con los efectos del COVID. Pero mucha atención con ello:

- a.** Causas ETOP. Sin que puedan ser exactamente las mismas que justificaran el ERTE y con las reservas del compromiso de mantenimiento del empleo (que no afectaría, en caso de incumplimiento, a la calificación del despido).
- b.** Ineptitud sobrevenida. Pensemos una afección o repercusión de la enfermedad que le suponga una imposibilidad para la realización de su actividad ordinaria sin que ello lo haga merecedor de una incapacidad. Y todo ello con el fondo de la derogación del despido por absentismo y las enfermedades de larga duración como eventualmente equiparables a discapacidad¹⁹.
- c.** Modificaciones técnicas operadas en el puesto de trabajo. Su propia definición excusa cualquier consideración adicional. No obstante, si se aparece aquí una consideración especial que merece una consideración aparte: su vinculación con el trabajo a distancia.

Y es que el art. 5 del RDL 28/2020 dispone literalmente lo siguiente:

“Artículo 5. Voluntariedad del trabajo a distancia y acuerdo de trabajo a distancia.

- 1.** *El trabajo a distancia será voluntario para la persona trabajadora y para la empleadora y requerirá la firma del acuerdo de trabajo a distancia regulado en este real decreto-ley, que podrá formar parte del contrato inicial o realizarse en un momento posterior, sin que pueda ser impuesto en aplicación del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, todo ello sin perjuicio del derecho al trabajo a distancia que pueda reconocer la legislación o la negociación colectiva.*
- 2.** *La negativa de la persona trabajadora a trabajar a distancia, el ejercicio de la reversibilidad al trabajo presencial y las dificultades para el desarrollo adecuado de la actividad laboral a distancia que estén exclusivamente relacionadas con el cambio de una prestación presencial a otra que incluya trabajo a distancia, no serán causas justificativas de la extinción de la relación laboral ni de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo [...]”.*

Ello, en síntesis, implica, el veto al despido o la modificación sustancial de las condiciones de trabajo cuando la causa pueda vincularse a la necesidad de prestación mediante la modalidad del trabajo a distancia. Pero, recuérdese, como hemos tenido ocasión de afirmar, que el RDL 28/2020, no resulta aplicable a los supuestos que tienen su origen en la pandemia. Lo que significa, en esencia,

¹⁹ Vid. Gómez Salado, M.A. "Algunas cuestiones interpretativas sobre la aplicación del párrafo primero del artículo 52 D) del Estatuto de los Trabajadores: a vueltas con el despido objetivo por absentismo". *Nueva revista española de derecho del trabajo*, Núm. 220, 2019, págs. 135-176.

FIN DEL ESTADO DE ALARMA Y NUEVAS REALIDADES LABORALES

volver a las mismas preguntas: ¿en qué momento las decisiones empresariales estarán vinculadas a la pandemia y cuándo no? ¿cuál será el momento exacto o la justificación adecuada para vincular una actuación a la pandemia o a otro motivo?

La respuesta es relevante, en tanto que la protección legal directa, por tanto, no alcanza a los trabajadores a los que se les quiera pasar a la situación de teletrabajo con motivo del COVID19, más aún, porque, ya se adelantó, por el art. 7 de la Ley 2/2021, sigue vigente la potenciación del uso del teletrabajo.

El trabajador con mayor edad, en estos supuestos, se somete a un riesgo extraordinario. Al de la propia enfermedad y su repercusión en la Salud, al de una extinción del contrato o el de una modificación sustancial del contrato que puede estar vinculada a la prestación temporal en modo teletrabajo o a distancia o que puede, como viene siendo habitual, responder a otro cambio que es la antesala de la extinción: modificación de tiempo de trabajo o movilidad geográfica inasumible y extinción voluntaria de éste.

La consecuencia es aún más dura porque su salida prematura del mercado de trabajo choca, en muchas ocasiones, con un retorno fácil, de modo que le conduce necesariamente, a una situación delicada en el presente, y perjudicial en el futuro, en tanto que dicha situación pueda ser determinante para el reconocimiento y cuantía de una pensión en términos de suficiencia²⁰.

Pero esta reflexión se reserva para el siguiente número...

20 Vila Tierno, F. y Álvarez Cortés, J.C. *Loc. cit.* págs. 589-602.

Vid. en sentido amplio y con relación al COVID: Vila Tierno, F. "El difícil equilibrio entre la sostenibilidad y la suficiencia. Una visión general de la situación general del sistema de pensiones pensando en el futuro" en AA.VV. *La incidencia de los diferentes factores endógenos y exógenos sobre sostenibilidad y suficiencia en el sistema de pensiones* / coord. por Miguel Ángel Gómez Salado; Francisco Vila Tierno (dir.), Miguel Gutiérrez Bengoechea (dir.), 2020, págs. 3-28.

EXTERNALIZACIÓN Y EMPRESAS MULTISERVICIOS

OUTSOURCING AND MULTI-SERVICE ENTERPRISES

Manuel Martín Hernández-Carrillo

Magistrado Especialista de lo Social

Presidente de la Sala de lo Social

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/ Málaga

Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Málaga

m.martin@poderjudicial.es

Recepción de trabajo: 9-04-2021 - Aceptación: 11-04-2021

■ 1. INTRODUCCIÓN. ■ 2. INICIATIVAS LEGISLATIVAS. ■ 3. CRITERIO JURISPRUDENCIAL
(sentencia del TS de 07/05/2020)

RESUMEN

El modelo productivo de contratación y subcontratación, ha venido produciendo una progresiva precarización de las condiciones laborales de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas, efecto que se ha visto agravado por la paulatina aparición de las empresas de multiservicios. En este contexto, aderezado con una profunda crisis económica y los efectos devastadores sobre el empleo que trajo consigo la pandemia provocada por el Covid-19, el Tribunal Supremo matiza su doctrina en relación a la posibilidad de cubrir las necesidades de personal en los supuestos de descentralización productiva mediante el contrato temporal para obra o servicio determinado.

PALABRAS CLAVE: contrata, subcontrata, externalización, descentralización, multiservicios.

ABSTRACT

Contracting and subcontracting's productive model has been producing a progressive working conditions' precarization of the contractors and subcontractors' employees; this effect has been aggravated by the gradual emergence of multi-service enterprises. In this context, seasoned with a deep economic crisis and the devastating effects on employment, brought about by the Covid 19 pandemic, The Supreme Court qualifies its doctrine regarding the possibility of meeting staffing needs in cases of productive decentralization through the temporary contract for specific work or service.

KEYWORDS: contracts, subcontracts, outsourcing, decentralization, multi-service.

1. INTRODUCCIÓN

Si bien tradicionalmente la contratación y subcontratación de actividades y servicios (técnica denominada “externalización”) venía marcada por la aplicación del convenio colectivo del sector en el que ésta se producía, la aparición paulatina de “empresas de multiservicios” cuya actividad esencial no es sino la prestación de servicios, en ocasiones de lo más variados, a terceras empresas, ha producido el resultado de una clara precarización de las condiciones laborales de los trabajadores al servicio de las empresas multiservicios. Dicho fenómeno tiene su origen, esencialmente, en la huida de las empresas multiservicios del convenio colectivo de sector mediante la elaboración de un convenio colectivo propio cuyas condiciones salariales/laborales son manifiestamente más desfavorables que el del sector.

Se trata además de convenios colectivos en los que, mayoritariamente, por el banco social participen la representación unitaria y, en buena parte, delegados de personal; se negocian en períodos temporales breves y con un período de duración sensiblemente superior al resto de convenios colectivos (¿blindaje del convenio?); con ámbitos funcionales omnicomprendivos; y condiciones salariales/laborales, según lo ya expuesto, sensiblemente inferiores a las del convenio del sector.

La inaplicación del salario y de las condiciones laborales previstas en el convenio colectivo del sector produce el inevitable efecto disruptivo en el avance hacia el trabajo decente, lo que hace necesario que el fenómeno de la externalización sea examinado con inevitables cautelas.

2. INICIATIVAS LEGISLATIVAS

Con toda seguridad esas fueron las causas por las que en la anterior legislatura, se presentara ante el Congreso de los Diputados en diciembre de 2017 por el Grupo Parlamentario Socialista, con el apoyo de Unidos Podemos, una proposición de ley para equiparar los sueldos y las condiciones de los trabajadores de las contratadas y subcontratadas con los de la empresa matriz o contratante, cuando ésta sea su actividad principal. En esencia, tal iniciativa legislativa, proponía la modificación del artículo 42.1 del Estatuto de los Trabajadores a los fines de que las empresas contratistas o subcontratistas vinculadas a la actividad principal de una empresa, garanticen a sus trabajadores, durante el tiempo que dure el servicio, las mismas condiciones laborales y salariales previstas en el convenio colectivo que tiene la empresa contratante.

Realmente, la proposición del grupo parlamentario socialista, si bien podía haber avanzado hacia una solución más equilibrada, no contenía soluciones completas puesto que la equiparación solo se produciría cuando la parte externalizada se considerase actividad principal de la empresa. Y es que las empresas consideran externalizable cualquier parte del proceso productivo o de la actividad nuclear de la empresa (como en el caso de las camareras de pisos en los hoteles, que

EXTERNALIZACIÓN Y EMPRESAS MULTISERVICIOS

generó gran litigiosidad, abordada por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga, número 721/2017, de 19 de abril) de manera que, una vez externalizada la actividad, en la práctica se produce la subcontratación con empresas con convenios de empresa precarios y fuera del marco sectorial, efecto de la prioridad aplicativa del convenio de empresa frente a los convenios sectoriales tras la Reforma Laboral de 2012.

Dicha iniciativa parlamentaria quedó en vía muerta como consecuencia de la disolución de las Cortes tras la presentación por el Grupo Parlamentario Socialista de una moción de censura en mayo de 2018. Y con el actual panorama de emergencia sanitaria, la actividad legislativa (casi exclusivamente, vía reales decretos leyes), por evidentes razones, se ha centrado en atender los efectos de la pandemia, por lo que habrá que esperar que se retome de nuevo la cuestión en el estado en que se encontraba.

Las soluciones, en tanto que no se aborde por el legislador de manera frontal la problemática expuesta, pasan por la interpretación que los Tribunales hagan de los artículos 15, 42 y 84 del Estatuto de los Trabajadores. Ya se ha citado la sentencia del TSJA/Málaga, número 721/2017, de 19 de abril, sustentada sobre la base del art. 42 del Estatuto de los Trabajadores para eludir la prioridad aplicativa del art. 84.2 de la norma estatutaria respecto del mencionado convenio de empresa, y con el resultado de equiparar condiciones laborales.

Con el panorama descrito, y aderezada la problemática expuesta con la profunda crisis económica motivada por Covid-19, parte de la doctrina vaticina una cuenta atrás del fenómeno de la externalización. Si realmente las condiciones salariales/laborales de los trabajadores de las empresas contratadas y subcontratadas se equiparan a los de la empresa principal, bien limitada a la actividad principal, bien de una manera más amplia, y si se pone coto a la huida del convenio colectivo de sector, realmente el atractivo para las empresas multiservicios pudiera verse seriamente afectado.

Salta a la memoria la Reforma Laboral de 1994, cuando se dio carta de naturaleza a las agencias privadas de contratación ante el evidente fracaso de las agencias públicas, mediante la creación de las empresas de trabajo temporal. El atractivo se centraba, precisamente, en el menor coste salarial del trabajador puesto a disposición para la empresa usuaria, pese a las rigideces en la constitución de dichas empresas de trabajo temporal. Una vez producida la modificación legal, en virtud de la cual se equiparaba salarialmente al trabajador puesto a disposición con los trabajadores de la empresa usuaria, las ventajas de dicha modalidad de contratación decrecen y comienza a aflorar el fenómeno de las empresas multiservicios que, sin rigideces en su constitución, huyen de manera pasmosa del convenio de sector y operan en el tráfico mercantil como si de empresas de trabajo temporal se tratase, zafándose de los corsés de éstas.

Lo indiscutible es que la cuestión está sobre el tapete con las consecuencias nada halagüeñas para el sector afectado. Basta comparar salarios o condiciones laborales de quienes prestan servicios bajo el paraguas del convenio de sector, con el de aquellos otros que lo hacen sin dicho paraguas y expuestos al convenio de las empresas multiservicios o, en el peor de los casos, sin cobertura convencional y a puro salario mínimo interprofesional. Por poner un ejemplo, hoteles que

descentralizan la limpieza de algunas de sus plantas, producen el efecto de que sus camareras/camareros de pisos tienen mayor salario que los de las empresas multiservicios adjudicatarias de la limpieza, la cual dicho sea de paso, es “propia actividad” en toda actividad hotelera.

Claro que la precarización producida mediante la contratación a través de empresas multiservicios se sustenta en la posibilidad de anudar contrato temporal para obra o servicio determinado con la contrata entre empresa principal y contratista. Pero, si se rompe o se limita de alguna forma esta interrelación, ¿seguiría existiendo margen para la contratación temporal?

3. CRITERIO JURISPRUDENCIAL (SENTENCIA DEL TS DE 07/05/2020)

En este escenario se dicta la sentencia del TS núm. 287/2020, de 7 de mayo, en la que se nos reitera que *“para que un contrato sea verdaderamente temporal, no basta con la expresión en el texto del mismo de tal carácter temporal y la duración concreta que se le asigna, sino que tiene que cumplir inexorablemente todos los requisitos y exigencias que la Ley impone y más en concreto, tratándose del contrato para obra o servicio determinado, la doctrina unificada señala que son, de necesaria concurrencia simultánea: a) que la obra o servicio que constituya su objeto, presente autonomía y sustantividad propia dentro de lo que es la actividad laboral de la empresa; b) que su ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta; c) que se especifique e identifique en el contrato, con precisión y claridad, la obra o el servicio que constituye su objeto; y d) que en el desarrollo de la relación laboral, el trabajador sea normalmente ocupado en la ejecución de aquélla o en el cumplimiento de éste y no en tareas distintas (por todas, STS/4ª de 27 abril 2018 —rcud. 3926/2015—)”*.

Pero contiene dicha sentencia una advertencia que merece destacarse: *“[...] ello no excluye la exigibilidad y el mantenimiento de todos los elementos básicos que naturalizan este tipo de contrato de duración determinada. Eso implica que, en todo caso, deban concurrir esas notas definitorias de la modalidad contractual que antes hemos expuesto”*. De manera que, si se desnaturaliza la causa de temporalidad por una extensión ilimitada de la contrata con renovaciones, prórrogas, etc., la misma no se mantiene y el contrato se debe entender como indefinido.

En todo caso, de la anterior advertencia podemos extraer claramente dos conclusiones:

- La primera, que es válida la causa de temporalidad del contrato para obra o servicio determinado vinculado a la contrata o subcontrata cuando concurren las causas que le son propias.
- Y la segunda, que es la que merece ser resaltada, que cuando la actividad principal de la empresa sea, precisamente, la de cubrir servicios mediante externalizaciones (léase, empresas multiservicios, entre otras), la consecuencia no será otra que considerar que la necesidad de

EXTERNALIZACIÓN Y EMPRESAS MULTISERVICIOS

personal de la empresa es permanente y, en consecuencia, al no concurrir causa de temporalidad, los contratos así celebrados deben calificarse como indefinidos.

Aviso a navegantes. Tanto en el sector privado, como en el público. Basta repasar las innumerables y sucesivas adjudicaciones en las Administraciones públicas o en el sector público en régimen de adjudicaciones a empresas privadas que contrata a trabajadores para ser adscritos a las mismas. Sector público al que, por cierto, la sentencia del TSJA/MÁLAGA de 13/05/2020 (Recurso de Suplicación 1829/2019), ha proclamado la aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a un puesto de trabajo. Criterio confirmado por la reciente sentencia del TS de 18/06/2020 (Recurso 2811/2018)

SITUACIÓN ACTUAL DE LAS PENSIONES EN ESPAÑA: Perspectiva económica-financiera*

CURRENT SITUATION OF PENSIONS IN SPAIN: Economic-financial perspective

Carlos David Aguilar Segado

Profesor de Derecho Financiero y Tributario

Universidad de Málaga

d.aguilar@uma.es ORCID [0000-0002-2744-4459](https://orcid.org/0000-0002-2744-4459)

Recepción de trabajo: 13-11-2020 - Aceptación: 24-11-2020

■ 1. INTRODUCCIÓN. ■ 2. SITUACIÓN ACTUAL DE LAS PENSIONES EN ESPAÑA: PERSPECTIVA ECONÓMICA-FINANCIERA. 2.1. Pirámide de población, inmigración y emigración. Envejecimiento y propuestas de rejuvenecimiento. Previsiones de crecimiento hacia 2050. 2.2. Incidencia demográfica en el mercado laboral. 2.3. Presupuesto general de la Seguridad Social, situación actual y previsiones. ■ 3. PROPUESTAS.

* Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación del Programa Estatal de I+D+i «Retos Investigación» Orientada a los Retos de la Sociedad, RTI2018-094696-B-I00, titulado "Retos, reformas y financiación del sistema de pensiones: ¿sostenibilidad versus suficiencia?", financiado por el Ministerio; y del Grupo de Investigación de la Junta de Andalucía (SEJ 587) sobre "Economía y fiscalidad frente al envejecimiento poblacional", financiado por la Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía.

RESUMEN

La pirámide de población española está envejecida y son factores claves de su rejuvenecimiento tanto la emigración como la inmigración. El año 2050 es la fecha marcada para revertir la situación de la pirámide de población, a través de su incidencia en el mercado laboral y las crisis económicas sufridas. El presupuesto general de la Seguridad Social es fundamental para conocer las previsiones de la sostenibilidad de las pensiones en el futuro.

PALABRAS CLAVE: envejecimiento poblacional, seguridad social, pensiones.

ABSTRACT

The Spanish population pyramid is aging and both emigration and immigration are key factors in its rejuvenation. The year 2050 is the date set to reverse the situation of the population pyramid, through its impact on the labor market and the economic crises suffered. The general budget of Social Security is essential to know the forecasts of the sustainability of pensions in the future.

KEYWORDS: population aging, social security, pensions.

1. INTRODUCCIÓN

En la pirámide de población española se observa que, mientras que está en crecimiento la población envejecida, disminuye la población joven por la escasa natalidad. Se deben buscar soluciones, tanto en la Inmigración, con la llegada al país de familias jóvenes y trabajadoras, como en la emigración, a través del retorno de nuestros jóvenes talentos.

La consecuencia de esta situación es el envejecimiento de la población actual, por ende, hay que hallar propuestas de rejuvenecimiento para tratar de revertir la pirámide con unos datos basados en unas previsiones de crecimiento hacia el año 2050.

Hay que analizar la incidencia demográfica en el mercado laboral español para comprender mejor la situación de las pensiones. Las crisis económicas del año 2008 y la actual del COVID-19 son protagonistas de la insostenibilidad de las pensiones públicas en la que España debe hallar soluciones a corto y medio plazo para solventar la problemática.

Es fundamental conocer el presupuesto general de la Seguridad Social más en profundidad y especialmente, se ha incidir en la situación de cuáles son las previsiones de cara al futuro. A modo de conclusiones, se realizan una serie de propuestas de mejora del sistema actual.

2. SITUACIÓN ACTUAL DE LAS PENSIONES EN ESPAÑA: PERSPECTIVA ECONÓMICA-FINANCIERA

2.1. Pirámide de población, inmigración y emigración. Envejecimiento y propuestas de rejuvenecimiento. Previsiones de crecimiento hacia 2050

En primer lugar, hay que analizar la pirámide de población española, al estar actualmente inmersa en una posición invertida, es decir, hay una disminución de la natalidad mientras que la población adulta sigue en crecimiento. Por este motivo, la financiación de la jubilación es insostenible en el actual sistema de pensiones públicas.

Merece la pena profundizar en el motivo por el que se ha llegado a esta situación como es el factor del *baby boom*, que se puede definir como la situación producida tras la Guerra Civil española en los momentos de recuperación del país con una “explosión de la natalidad”, comprendida entre los años

SITUACIÓN ACTUAL DE LAS PENSIONES EN ESPAÑA: PERSPECTIVA ECONÓMICA-FINANCIERA

1960 y 1975, al haber nacido 14 millones de niños en ese periodo. Durante este contexto histórico nacieron 4,5 millones más que en los 20 años siguientes y 2,5 millones más que en los 20 años anteriores.¹

Para comprender las causas de la baja natalidad, en el año 2018 se encontraba en 1,3 hijos², en consecuencia, hay que indagar en las diversas razones: económicas, laborales o de conciliación de la vida familiar y laboral, que muestra la encuesta de fecundidad en ese año elaborada por el Instituto Nacional de Estadística (INE)³. En esta situación controvertida, la encuesta añade que, en España, casi tres de cada cuatro mujeres desearían tener, al menos, dos hijos. Sin embargo, no es compatible el deseo con la realidad, ya que para ello se solicitan más medidas como: flexibilidad horaria, prestaciones a los padres y madres con hijos menores de 18 años, e incluso aumento de la duración de los permisos de maternidad y paternidad, que en 2020 están en 16 semanas para las madres y 12 semanas para los padres⁴.

Una de las soluciones temporales a este problema de inversión de la pirámide se encuentra en la inmigración para poder rejuvenecer la población. Las familias inmigrantes normalmente suelen tener uno o más hijos jóvenes, que pueden “refrescar” al estancamiento actual de la población. La relación entre estos y el mercado de trabajo en España se encuadra en una población joven concentrada en grupos de edad activos y reproductivos. Sus tasas de actividad son más de 20 puntos superiores a la de los españoles y las tasas de empleo son también muy superiores. Sin embargo, sus tasas de paro son mayores, debido a que se concentran en ramas de actividad con peores condiciones de trabajo, ocupan empleos peligrosos y precarios, sufren procesos de discriminación y los inmigrantes indocumentados se ven obligados a trabajar en la economía sumergida.

Por esto mismo, la inmigración puede contribuir a suplir las necesidades actuales y futuras de los mercados laborales de la Unión Europea que contribuyen a extender durante un periodo de tiempo más amplio los efectos de la transición demográfica hasta el año 2030, dado que por sí sola no podría resolver los efectos del envejecimiento demográfico.⁵

Por el contrario, no se debe olvidar a la emigración de jóvenes talentos españoles formados que van a trabajar a países de la Unión Europea o al extranjero. Éstos normalmente se desplazan a zonas

-
- 1 GUTIÉRREZ BENGOCHEA, M.: *La Sostenibilidad de las Pensiones Públicas: Análisis Tributario y Laboral*. Ed. Aranzadi. Pamplona. 2017, p. 19
Vid. GUTIÉRREZ BENGOCHEA, M.: “El pago de las pensiones públicas de jubilación a las generaciones prolijas”. *Nueva Fiscalidad*, nº4, 2017. pp. 131-153
 - 2 SEGRE: “Estas son las causas de la baja natalidad”. 28 de noviembre 2018. Recuperado el 30 de septiembre de 2020 de https://www.segre.com/es/noticias/guia/2018/11/28/estas_son_las_causas_baja_natalidad_62118_1111.html
 - 3 ENCUESTA DE FECUNDIDAD (2018): “Resultados”. *Instituto Nacional de Estadística (INE)*. Recuperado el 30 de septiembre de 2020 de https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736177006&menu=resultados&idp=1254735573002#!tabs-1254736195659
 - 4 SEGURIDAD SOCIAL: “Nacimiento y cuidado de menor”. Recuperado el 30 de septiembre de 2020 de <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/PrestacionesPensionesTrabajadores/6b96a085-4dc0-47af-b2cb-97e00716791e>
 - 5 CACHÓN, L. (2004): “La inmigración y mercado de trabajo en España”. *Economía exterior: estudios de la revista Política Exterior sobre la internacionalización de la economía española*, nº28. pp. 49-58.

SITUACIÓN ACTUAL DE LAS PENSIONES EN ESPAÑA: PERSPECTIVA ECONÓMICA-FINANCIERA

desarrolladas industrialmente, que apuestan fuertemente por la Investigación, Desarrollo e Innovación (I+D+I) en el que se necesitan jóvenes formados. Sólo por el hecho de emigrar obtienen un trabajo y salario superior al que podrían tener en España acorde a su cualificación profesional e incluso, si hubiera posibles problemas idiomáticos, la propia empresa se encargaría de resolverlo formándolos en su idioma de manera gratuita.

Se califica como “fuga de cerebros” a aquellos jóvenes que han decidido buscar su futuro fuera de nuestras fronteras. La estadística de migraciones del Instituto Nacional de Estadística (INE) revela que el primer semestre de 2016 un total de 47.484 españoles abandonaron sus hogares para establecerse en el extranjero.⁶ No se puede entender cómo España es un país en el que el 27% de los premios nacionales de fin de carrera de los últimos años se han tenido que marchar al extranjero⁷, aunque afortunadamente al ser conscientes de esta gravísima situación, las Administraciones Públicas hacen inversiones para rescatar la fuga de cerebros.⁸

Respecto a la esperanza de vida en España, las previsiones del Instituto Nacional de Estadística (INE)⁹ indican que será de 90 años, al producirse un incremento de la población dependiente, en el que el 73% de los hombres y el 90% de las mujeres cumplirán los 80 años.¹⁰ Así pues, el reto del envejecimiento está focalizado en la jubilación de los *baby boomers* al no ser proporcional con el crecimiento de esperanza de vida. Se convierte en un fenómeno temporal y transitorio, por el gran tamaño de esta generación que ha impulsado a la riqueza de nuestro país, con un desarrollo en el estado de bienestar y lograr niveles impositivos de los países de nuestro alrededor.

En consecuencia, el reto es cómo hacer frente a esta situación demográfica de efectos limitados en el tiempo, que conlleva al incremento del 50% en número de pensionistas. Así las cosas, se han de tomar medidas para establecer un mecanismo de recorte proporcional al número de pensionistas, aunque este sea insuficiente, pues no se puede empobrecer de manera creciente al pensionista a medida que se haga más anciano.

El problema de la sostenibilidad de las pensiones depende del alcance del gasto futuro en las pensiones, que no puede saberse con exactitud, dado que no hay ninguna ley económica de umbral

6 LÁZARO T: “¿Fin a la fuga de cerebros? Los españoles siguen dejando España en busca de mejores oportunidades”. *Voz Populi*. 21 de febrero de 2017. Recuperado el 18 de diciembre de 2018 de https://www.vozpopuli.com/economia-y-finanzas/Fin-espanoles-Espana-encontrar-oportunidades_0_1001300576.html

7 CARRETERO R. “España a la cabeza en “fuga de cerebros””. *Huffington Post*. 20 de enero de 2016. Recuperado el 18 de diciembre de 2018 de https://www.huffingtonpost.es/2016/01/19/espana-fuga-cerebros_n_9017538.html

8 Ejemplifica DONCEL L. en su artículo que, «en Valladolid, donde se ha aprobado un programa dotado con 500.000 euros con el que pretenden convencer a aquellos que se fueron y que se plantean volver para labrar su futuro en su país de origen». (Vid. DONCEL L. “El talento quiere volver a casa”. *El País*. 21 de mayo de 2017. Recuperado el 18 de diciembre de 2018 de https://elpais.com/economia/2017/05/20/actualidad/1495286170_018584.html)

9 Cfr. FUNDACIÓN GENERAL. CSIC: “Informe sobre el envejecimiento”. *Informe de la I+D+I sobre envejecimiento*. Madrid. 2010. p.20.

10 GUTIÉRREZ BENGOCHEA, M.: *La Sostenibilidad de las Pensiones Públicas: Análisis Tributario y Laboral*. op.cit., p. 19.

Vid. GUTIÉRREZ BENGOCHEA, M.: “El pago de las pensiones públicas de jubilación a las generaciones prolijas”. *Nueva Fiscalidad*, nº4, 2017. pp. 131-153

SITUACIÓN ACTUAL DE LAS PENSIONES EN ESPAÑA: PERSPECTIVA ECONÓMICA-FINANCIERA

máximo de gasto que hagan al sistema inviable. A consecuencia de esto, se debe investigar cuál es el nivel de gasto futuro en pensiones cuando se jubile la generación del *baby boom* y relacionarlo con el PIB que podamos producir. Los datos que conocemos son los siguientes: dependerá del número de pensionistas, sus reglas de cálculo y la sustitución de las altas por las bajas en las pensiones. No obstante, el dato fundamental que se desconoce es nuestro Producto Interior Bruto (PIB) en el futuro, del que dependerán de los crecimientos registrados en el empleo y la productividad.

Un fundamento de peso es el relevo en el mercado laboral y el nivel bajo de natalidad que está directamente relacionado con las entradas netas de migrantes. Si éstas fueran anormalmente bajas, la población en edad de trabajar caería arrastrando el volumen de empleo, viéndose acentuado si le sumamos un crecimiento limitado de tasa de actividad y el mantenimiento de un elevado nivel de paro a lo largo de las décadas que causarán: el hundimiento del empleo y del Producto Interior Bruto (PIB) y por ende, el aumento del gasto en las pensiones.

La Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIReF), afirma que ha constatado “numerosas deficiencias en las metodologías, supuestos y análisis realizados hasta la fecha”. Cita las siguientes:

1. Inconsistencia en las previsiones de los principales determinantes del gasto en pensiones (demografía y mercado de trabajo).
2. Falta de transparencia metodológica.
3. Omisión de la incertidumbre.
4. Falta de análisis riguroso y consistente de los efectos de las reformas adoptadas.¹¹

Estudios privados mantienen que la insostenibilidad de gasto público de las pensiones se debe a una evolución negativa del empleo y del Producto Interior Bruto (PIB). Los flujos migratorios anormalmente restrictivos son insuficientes, ya que el Instituto Nacional de Estadística (INE) estima un promedio anual de 57.000 personas entre 2019 y 2050 y el Eurostat, de 125.000, que contraen la población en edad de trabajar y suman las restricciones de empleo de la tasa de actividad y de paro.

El promedio anual de entradas netas reales en las décadas comprendidas entre 1995 y 2017 ha sido de 210.000 personas. Debido a las limitaciones demográficas de los próximos años, la demanda de trabajo y la evolución de movimientos internacionales de población, la AIReF estima un promedio de entradas netas de 270.000 anuales hasta 2050, mientras que el INE señala un promedio anual de 184.000, por encima de las previsiones de Eurostat¹².

¹¹ AIREF: “Opinión sobre la Sostenibilidad del Sistema de Seguridad Social”. 9 de enero de 2019. Recuperado el 30 de septiembre de 2020 de https://www.airef.es/wp-content/uploads/2019/0PINIIONES/190109_Opinion_Seguridad-Social.pdf

¹² GONZÁLEZ, A.: “Cuentas claras, pensiones sostenibles”. *Revista electrónica Seguridad Social*. 21 de diciembre de 2018. Recuperado el 17 de marzo de 2019 de <https://revista.seg-social.es/2018/12/21/cuentas-claras-pensiones-sostenibles/>

SITUACIÓN ACTUAL DE LAS PENSIONES EN ESPAÑA: PERSPECTIVA ECONÓMICA-FINANCIERA

La AIREF llega a la conclusión de que el impacto demográfico, se verá compensado por los efectos reductores del gasto de pensiones que conllevarían el aumento del empleo (que suponen 2,2 puntos del PIB), la reforma de las pensiones de 2011 que rompe la tendencia de las altas en pensiones, con 3,5 puntos del PIB y el factor de sostenibilidad con 0,6 puntos del PIB. Así pues, el resultado neto es un crecimiento del gasto de 2,8 puntos del PIB hasta 2050.

El gasto estimado por la AIREF para 2050 es de un 13,5 % del PIB. No es un nivel inasumible de gasto, ya que hay 10 países por encima de España, entre ellos están Bélgica, Austria, Francia, Finlandia, Italia, los cuales mantendrán niveles de gasto más elevados, conforme a las estimaciones realizadas por el Comité de Política Económica de la Unión Europea. Asimismo, nuestros ingresos públicos están a una distancia de 7 puntos del PIB por debajo de la Eurozona, con un margen de mejora de los recursos públicos para financiar las pensiones públicas.¹³

Como conclusión: la AIREF vertebrará las propuestas de reformas a largo plazo en dos ámbitos: por un lado, retrasar la edad efectiva de jubilación un año más, ya que nos encontramos en un periodo transitorio hasta 2027 donde se establece a los 67 años como edad mínima para la jubilación y, por otro, aumentar la cotización desde los 25 años hasta los 35 años para 2027, conteniendo el gasto en pensiones en 0,5 puntos del Producto Interior Bruto (PIB) para el 2048. La combinación de ambas medidas contendría el gasto en pensiones entre 0,8 y 1,6 puntos del Producto Interior Bruto (PIB)¹⁴.

2.2 Incidencia demográfica en el mercado laboral

España es el tercer país de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) con mayor tasa de desempleo¹⁵ y el primero de la Eurozona en el segundo trimestre de 2020¹⁶. La OCDE prevé que podríamos llegar a un 20 % de paro e incluso superarlo con la segunda oleada del COVID-19 entre el tercer y cuarto trimestre del 2020 y principios de 2021¹⁷.

Este dato negativo no es nuevo, al no sólo deberse a la crisis económica pasada de 2008 y la actual del COVID-19, visto que España siempre ha tenido peores datos históricos que el resto de los países de Europa. Por ejemplo, en el segundo trimestre del año 2007 el paro estuvo en su mínimo

¹³ GONZÁLEZ, A.: "Cuentas claras, pensiones sostenibles". *Revista electrónica Seguridad Social*. *op. cit.*

¹⁴ AIREF: "Opinión sobre la Sostenibilidad del Sistema de Seguridad Social". 9 de enero de 2019. *op. cit.*

¹⁵ EXPANSIÓN: "Datos Macro". *Economía*. Recuperado el 4 de octubre de 2020 de <https://datosmacro.expansion.com/mercado-laboral>

¹⁶ EXPANSIÓN: "El paro de la eurozona subió al 7,8% en junio, con España a la cabeza con una tasa del 15,6%". *Economía*. 30 de julio de 2020. Recuperado el 4 de octubre de 2020 de <https://www.expansion.com/economia/2020/07/30/5f229707e5fdead5328b4574.html>

¹⁷ EXPANSIÓN: "España, uno de los países de la OCDE más golpeados, puede llegar al 20% de paro". *Economía*. 7 de julio de 2020. Recuperado el 4 de octubre de 2020 de <https://www.expansion.com/economia/2020/07/07/5f04416a468aeb63588b461d.html>

SITUACIÓN ACTUAL DE LAS PENSIONES EN ESPAÑA: PERSPECTIVA ECONÓMICA-FINANCIERA

histórico con un 7,9%, mientras que en 2018 se encontraba en un 10 % y la máxima población ocupada estuvo en 20 millones¹⁸.

Debido a la crisis del COVID-19, en julio de 2020, los datos de la OCDE indicaban que la tasa de paro de España estaba en un 15,8 % (el Instituto Nacional de Estadística lo cifra en un 15,3%) mientras que, en febrero del mismo año estaba en un 13,6 % (aunque en la Eurozona también se incrementó el paro del 7,7% al 7,9%) y liderar la destrucción de empleo en Europa¹⁹.

A modo de comparativa, según la Encuesta de Población Activa (EPA) del Instituto Nacional de Estadística (INE) con los datos del tercer trimestre del año 2018, la cifra era de 19.528.000 personas en población activa, frente a los 3.326.000 parados (14,6% de Tasa de Desempleo) con una reducción de 1,5 millones en comparación con el tercer trimestre de 2015.²⁰ En cambio, tras la crisis del COVID-19, con los datos del segundo trimestre del año 2020 hay 18.607.200 personas en población activa frente a 3.368.000 parados, con una tasa de desempleo del 15,33 %²¹.

Con todos estos datos, se puede decir que la crisis del COVID-19 ha “pasado factura” en el número de afiliados de la Seguridad Social que, desde el 12 de marzo de 2020 hasta final de abril de 2020, se observa un saldo negativo de 947.896 afiliados²². Es mercedor de profundizar en el tipo de empleo que existe al disminuir la calidad de este en horas, salarios, entre otros, al observarse que hay una brecha entre contrato fijo y contrato temporal o a tiempo parcial (este último es la tendencia en auge).

En la crisis del COVID-19 se han destruido 1,2 millones de puestos en España, conforme a la Encuesta de Población Activa (EPA) del segundo trimestre de 2020, en comparación con el mismo dato de 2019, por lo que supone una destrucción anual de empleo del 6,1%. Conforme a un estudio que se centra en el análisis de ofertas publicadas en *Infoempleo*, de un sondeo a cerca de 500 empresas y responsables de recursos humanos y de una encuesta a más de 5.600 empleados y desempleados, reflejan el impacto del COVID-19 en los principales sectores de actividad.

Los sectores que lideran la destrucción de empleo en el año 2020 son: la hostelería y turismo que reducen sus ofertas en un 90,2%, tras ellos están los sectores de consultoría, industria automovilística y del metal, banca e inversión y la distribución mayorista con una caída superior al 80 %. No obstan-

18 SANTACRUZ CANO, J.: “Así es hoy el mercado laboral: Seis preguntas y sus respuestas”. *The Conversation*. 7 de septiembre de 2018. Recuperado el 18 de diciembre de 2018 de <https://theconversation.com/asi-es-hoy-el-mercado-laboral-seis-preguntas-y-sus-respuestas-102798>

19 PORTILLO, J.: “Julio suaviza el paro de la OCDE pero no logra rebajar el de España”. *Cinco Días. El País*. 10 de septiembre de 2020. Recuperado el 30 de septiembre de 2020 de https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/09/09/economia/1599676824_748534.html

20 ENCUESTA DE POBLACIÓN ACTIVA (2018). *Instituto Nacional de Estadística (INE)*. Recuperado el 18 de diciembre de 2018 de https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176918&menu=ultiDatos&idp=1254735976595.

21 ENCUESTA DE POBLACIÓN ACTIVA (2020). *Instituto Nacional de Estadística (INE)*. Recuperado el 30 de septiembre de 2020 de https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176918&menu=ultiDatos&idp=1254735976595

22 SEGURIDAD SOCIAL: “La Seguridad Social registra 18.396.362 afiliados en el último día de abril”. *Revista electrónica Seguridad Social*. Recuperado el 30 de septiembre de 2020 de <https://revista.seg-social.es/2020/05/05/la-seguridad-social-registra-18-396-362-afiliados-en-el-ultimo-dia-de-abril/>

SITUACIÓN ACTUAL DE LAS PENSIONES EN ESPAÑA: PERSPECTIVA ECONÓMICA-FINANCIERA

te, las vacantes más solicitadas durante los meses de marzo a mayo de 2020 son: las empresas de mensajería que se han incrementado en un 151%, los profesores con un 5,2%, agentes de seguros y comerciales con un 3,8%, y el resto son operarios de limpieza, mozos de almacén y teleoperadores. Se ha de resaltar un dato negativo, puesto que tan sólo un 5,5 % de las empresas han crecido durante la pandemia, como han sido las del sector de sanidad y servicios sociales, alimentación y bebidas, agricultura, información y comunicación o de logística y transporte²³.

En contraposición, los sectores en el año 2018 que más creaban empleo fueron el sector del automóvil, turístico, inmobiliario y de la construcción, y los que más destruían eran la banca y el sector eléctrico. Los autónomos también se encontraban en auge al haber 3 millones de estos en 2018 tras la crisis económica de 2008, aunque respecto a salarios, hubo un estancamiento e incluso una bajada de estos.

Surge la gran cuestión de ¿Por qué el paro de España es tan alto en comparación con otros países de la OCDE? Está claro que debemos tener en cuenta factores como son: los desincentivos al trabajo; el desajuste entre oferta y demanda laboral; el coste de contratación para empresas, la elevada temporalidad; la ineficacia del sistema de recolocación de parados; o la falta de medidas para frenar la destrucción de empleo en tiempos de crisis económica. La estadística indica que 27 de cada 100 asalariados de España tienen un contrato temporal, y en el caso de los jóvenes es del 73%, encontrándose en máximos históricos pagado por las empresas a sus plantillas, que se convierten en una de las cotizaciones sociales más altas de la Unión Europea (UE).

En Reino Unido o Estados Unidos, los desempleados cuentan con un orientador profesional que se reúne con los empresarios de manera recurrente y conoce las necesidades de las empresas locales; en Alemania, tienen instaurados mecanismos de ayuda específicos para que las empresas mantengan el empleo en momentos de crisis a cambio de que los trabajadores acepten de modo temporal un recorte de horario y sueldo; en cambio, en España las competencias se reparten entre el Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) y las autonomías que dificultan la falta de coordinación y no permite un correcto funcionamiento de estas.

La desmotivación de los parados españoles que no encuentran su reincorporación en el mercado laboral junto a los salarios "mal pagados" o a tiempo parcial, acrecientan el problema de la bajada de los sueldos y se convierte el nivel de seguridad laboral en el segundo más bajo de la OCDE. A lo expuesto se ha de sumar la desconexión entre el sistema educativo y el mercado laboral, que afecta especialmente a los jóvenes, para tomar la decisión de emigrar hacia un país con mejores condiciones laborales²⁴.

²³ VARELA, A.: "Consultoría, textil, alimentación o logística: estos son los 10 sectores que crearán más empleo tras el coronavirus y los que afrontan más despidos". *Business Insider*. 12 de agosto de 2020. Recuperado el 4 de octubre de 2020 de <https://www.businessinsider.es/coronavirus-sectores-crearan-empleo-cuales-afrontan-despidos-694105>

²⁴ Un ejemplo del que España debería tomar referencia es que mientras que, en el extranjero son frecuentes los pagos en especie, como son las acciones en empresa, en nuestro país se penaliza fiscalmente este tipo de remuneración no salarial.

SITUACIÓN ACTUAL DE LAS PENSIONES EN ESPAÑA: PERSPECTIVA ECONÓMICA-FINANCIERA

Obviamente, lo ya explicado desemboca a unas consecuencias como son: la alta tasa de paro limitando el crecimiento de la economía española, la exclusión laboral de personas en situación de desempleo y la pérdida de competitividad. El paro estructural tiene un doble impacto negativo sobre los ingresos públicos: mermando la capacidad recaudatoria de la Administración Pública e incrementando la demanda de recursos destinados al mantenimiento de rentas en forma de subsidio por desempleo y otras prestaciones de carácter social.

Los parados de larga duración son los más olvidados en la problemática de la búsqueda de empleo activo que, al llevar más de un año excluidos del mercado laboral, tienen una situación mucho más dura para poder volver a “reengancharse”. Por eso es fundamental que en tiempos de bonanza económica se encuentren medidas eficientes para frenar la destrucción de empleo en tiempos de crisis²⁵, como la que sufrimos actualmente con el COVID-19, que ha puesto “en jaque” a los Estados de todo el mundo y especialmente a España, al no haber tomado medidas oportunas a tiempo.

En esta crisis del COVID-19, se prevé despedir o recortar sueldos en 1 de cada 3 empresas, es decir, un 55,6% de las compañías han llevado a cabo despidos durante el segundo trimestre del año 2020. La previsión de reducción de plantillas se ha aumentado en un 40% respecto a las anteriores previsiones de febrero y se ha reducido en un 60% el número de empresas que prevén contratar a lo largo de este año 2020. Junto con esas previsiones, otras empresas estudian si solicitar o ampliar el Expediente de Regulación Temporal de Empleo (ERTE), que ha servido como medida extraordinaria para aminorar la frenética e imparable destrucción de empleo²⁶.

Para paliar esta situación excepcional, el Gobierno de España, a través del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030 ha planteado una Guía de Facilitación de Acceso a las Medidas Urgentes en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19. Estas medidas son las siguientes: Ingreso mínimo vital; Desahucios, alquileres y vivienda; Inquilinos y caseros; Viviendas: Hipotecas; Derechos y medidas laborales para trabajadores y trabajadoras; Protección a trabajadores y trabajadoras en situación de vulnerabilidad; Trabajadores y trabajadoras del sector agrario; Autónomos y autónomas; Consumidores y familias en situación de vulnerabilidad; Pequeñas y medianas empresas; Mu-

Vid. Modelo 100 de la AEAT. 7.2.2.1 Exclusiones: «La entrega a los trabajadores en activo, de forma gratuita o por precio inferior al normal de mercado, de acciones o participaciones de la propia empresa o de otras empresas del grupo de sociedades, en la parte que no exceda, para el conjunto de las entregadas a cada trabajador, de 12.000 euros anuales, en las condiciones establecidas reglamentariamente».

Vid. Artículo 42 Ley 35/2006 del IRPF: «1. Constituyen rentas en especie la utilización, consumo u obtención, para fines particulares, de bienes, derechos o servicios de forma gratuita o por precio inferior al normal de mercado, aun cuando no supongan un gasto real para quien las conceda.

Cuando el pagador de las rentas entregue al contribuyente importes en metálico para que éste adquiera los bienes, derechos o servicios, la renta tendrá la consideración de dineraria».

25 ALARCOS P.: “¿Por qué el paro en España es cuatro veces más alto que en Alemania, Reino Unido o EE. UU.?” *Idealista*. 3 de septiembre de 2018. Recuperado el 18 de diciembre de 2018 de <https://www.idealista.com/news/finanzas/laboral/2018/09/03/767861-por-que-en-espana-el-paro-esta-en-el-15-y-es-cuatro-veces-mas-alto-que-en-alemania-o-eeuu>.

26 VARELA, A.: “Consultoría, textil, alimentación o logística: estos son los 10 sectores que crearán más empleo tras el coronavirus y los que afrontan más despidos”. *Business Insider*. *op. cit.*

eres víctimas de violencia de género, hijos e hijas; Universidades —Contratos, docentes, académicos, ayudantes, visitantes y personal general; Energía— Programas del IDEA; Niños y niñas; Animales; Fondos cuidados: Comunidades Autónomas; Plan para la transición hacia una nueva normalidad²⁷.

2.3 Presupuesto general de la Seguridad Social, situación actual y previsiones

En el año 2018 se consiguió garantizar la subida de todas las pensiones que recogieron un incremento adicional de hasta el 3%. Las cotizaciones sociales, que son el origen de los ingresos, reportaron al sistema de Seguridad Social 114.916 millones de euros y supuso un 5,2% más que en el 2017 que cerraron el último ejercicio con un record de ingresos por cuotas de 108.000 millones de euros.

En cambio, en el año 2020, la situación de la crisis del COVID-19, ha pasado factura en las arcas de la Seguridad Social, debido a que las cuentas a 31 de agosto de 2020 presentaron un saldo negativo de 7.690,87 millones de euros. Respecto al apartado de ingresos no financieros, las cotizaciones sociales ascendieron a 78.928,87 millones de euros, un 4,02 % menos respecto al mismo periodo del año 2019. Esto se debe a que ha sufrido un descenso en la cotización de personas ocupadas del 6,75%, 5.236,84 millones de euros menos, a la vez que aumenta la cotización de desempleados a un 41,93%, que se traducen en 1.929,08 millones de euros más.

Este descenso en la cotización de los ocupados nace de las distintas medidas asumidas tras la crisis mundial del COVID-19 como: la exoneración de cuotas para las empresas que se han acogido al Expediente de Regulación Temporal de Empleo (ERTE) por fuerza mayor y también en el caso de la prestación extraordinaria de los autónomos perceptores. Va unido a la concesión de moratorias en el pago de cotizaciones a las que se han acogido las empresas y trabajadores por cuenta propia, además de las devoluciones de las cuotas de autónomos beneficiarios de la prestación extraordinaria ya mencionada.

No todos los datos expuestos son negativos, ya que las transferencias del Estado y Organismos Autónomos suponen un 139,49% más que el año anterior (25.896,4 millones de euros), debido a la transmisión de 14.002,59 millones de euros que el Estado ha hecho a la Seguridad Social para paliar y así equilibrar las cuentas por la pandemia²⁸.

En 2018, los gastos en prestaciones económicas ascendieron a 143.393 millones de euros que supuso un 4,03% más respecto al 2017; esta cifra admite un 95,63% del gasto total consolidado. El pago de las pensiones se llevó 41 de cada 100 euros de los presupuestos, frente a 40,7 de 2017 y 38,5

27 MINISTERIO DE DERECHOS SOCIALES Y AGENDA 2030: "Medidas urgentes en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19". Recuperado el 30 de septiembre de 2020 de <https://www.mscbs.gob.es/ssi/covid19/guia.htm>

28 SEGURIDAD SOCIAL: "La Seguridad Social registra un saldo negativo de 7.690,87 millones de euros". *Revista electrónica Seguridad Social*. 30 de septiembre de 2020. Recuperado el 1 de octubre de 2020 de <https://revista.seg-social.es/2020/09/30/la-seguridad-social-registra-un-saldo-negativo-de-7-69087-millones-de-euros/>

SITUACIÓN ACTUAL DE LAS PENSIONES EN ESPAÑA: PERSPECTIVA ECONÓMICA-FINANCIERA

en 2016. Las pensiones contributivas avanzaron un 3,57% respecto de la previsión de liquidación del ejercicio 2017, al alcanzar los 127.109,7 millones de euros.

En 2020, el área contributiva de las pensiones de invalidez, viudedad, en favor de familiares, orfandad y jubilación se han elevado en un 3,01%, es decir, 84.545,39 millones de euros, cuya causa se debe al número de pensionistas en auge con un 0,22%, además de la pensión media que se eleva al 2,07% y la revalorización de las pensiones contributivas en el año 2020 del 0,90 %. Por tanto, las prestaciones económicas a instituciones y familias han aumentado en un 85,8 % más respecto al año 2019 (105.829,58 millones de euros), que se traduce en un 91,43% del gasto total en el sistema de seguridad social, que incluye a la mayor partida de pensiones y prestaciones contributivas con un 9,16% de incremento²⁹.

En septiembre del año 2020 se abonaron 9.765.352 pensiones contributivas realizando el total de la nómina a 9.911.425 millones de euros, cuantía que se ha elevado en un 2,25% respecto al mismo mes del año 2019. El abono de las pensiones de jubilación supuso más de dos tercios de la nómina, que fueron destinadas al abono de pensiones de jubilación que ascendieron a 7.103,24 millones de euros, con un crecimiento del 2,84% en contraposición al 2019. Se destinó a las pensiones de viudedad un 1,42 % más en este 2020, las prestaciones por incapacidad permanente han supuesto una variación negativa en -0,40%, las pensiones de orfandad un 0,89% más y las prestaciones a favor de familiares un 3,11 % de incremento. Sin embargo, la pensión media del sistema que comprenden a todas las clases de pensiones aumentó un 2,20% respecto al año anterior, que se situó en 1.014,96 euros mensuales. La pensión media de jubilación ha supuesto un 2,28% más que el 2019, ya que en agosto de 2020 se encuentra en 1.166,72 euros al mes y la media de viudedad fue un 2,07 % más, traduciéndose en 728,18 euros al mes.³⁰

Distintos eran los datos en enero de 2019, en el que las pensiones contributivas de la Seguridad Social cuya nómina alcanzó los 9.535,52 millones de euros, se incrementó interanualmente en 7,08 %, mientras que la de prestación de jubilación creció un 7,18%, y 8,72% la destinada a sufragar la pensión de viudedad. La pensión media del sistema, que comprende las clases de jubilación, incapacidad permanente, viudedad, orfandad y a favor de familiares remontó a 983,46 euros mensuales, con un aumento interanual del 5,72%. La pensión media de jubilación ascendió a 1.129,66 euros mensuales y la de viudedad es de 707,40 euros. En cuanto a las nuevas altas, las pensiones medias de jubilación eran de 1.348,84 euros en el conjunto del sistema.³¹

29 SEGURIDAD SOCIAL: "La Seguridad Social registra un saldo negativo de 7.690,87 millones de euros". *Revista electrónica Seguridad Social. op. cit.*

30 Según datos de la SEGURIDAD SOCIAL: «Las nuevas altas de pensiones de jubilación en agosto de 2020, ya que se han incrementado en un 4,68% respecto al mismo mes de 2019, cuya media fue de 1.396,1 euros al mes, alcanzando las procedentes del Régimen General hasta 1.517,6 euros al mes». Vid. SEGURIDAD SOCIAL: "La nómina de pensiones contributivas de septiembre se sitúa en 9.911,42 millones de euros. 25 de septiembre de 2020". *Revista electrónica Seguridad Social*. Recuperado el 1 de octubre de 2020 de <https://revista.seg-social.es/2020/09/25/la-nomina-de-pensiones-contributivas-de-septiembre-se-situa-en-9-91142-millones-de-euros/>

31 SEGURIDAD SOCIAL: "La nómina de pensiones contributivas asciende a 9.535,52 millones de euros en enero". *Revista electrónica Seguridad Social*. 25 de enero

SITUACIÓN ACTUAL DE LAS PENSIONES EN ESPAÑA: PERSPECTIVA ECONÓMICA-FINANCIERA

También hubo una revalorización adicional para pensionistas con menores recursos, con más de 5,7 millones de pensionistas que recibieron una subida adicional hasta el 3% en función de la pensión que perciben, siendo extraordinaria, junto con la mejora de la viudedad, que tuvieron un coste total de 989.330 millones de euros. Supuso una subida extra para pensiones mínimas y no contributivas hasta haber alcanzado un aumento del 3%, también para aquellos que obtuvieron menos de 700 euros al mes vieron aumentada su pensión 1,5% y los que percibieron hasta 860 euros al mes, el 1%.

Cuando se decidió revalorizar las pensiones en el año 2018, esta decisión afectaba a más de 10 millones de estas, 9,5 millones eran contributivas, 400.000 no contributivas y 100.000 por prestaciones familiares o minusvalía, con un coste total de 2.600 millones de euros; se aplicó una revalorización del 1,6% y se incluyó una mejora en la pensión de viudedad antes mencionada.³²

En 2018, el secretario de Estado de la Seguridad Social, Tomás Burgos, en la comparecencia de la Comisión de Presupuestos del Congreso de los Diputados para presentar las cuentas del organismo argumentó que “el aumento de la pensión media en términos reales supone que cada vez haya menos pensiones por debajo del importe mínimo establecido”. La contribución de las trabajadoras que tuvieron hijos durante su vida laboral se reconoce a través del complemento de maternidad de las pensiones, que beneficia al 60% de las nuevas pensiones a las mujeres, de las cuales, el 77% son de viudedad. Se previó en 2018 para las mujeres un aumento de 186.000 nuevas pensiones (jubilación, viudedad e incapacidad permanente), por lo que, en los tres primeros años de vigencia, más de 500.000 mujeres se han beneficiado de esta medida que reconoce su “cotización demográfica”. La aplicación de la medida vigente, y la previsión de entrada en vigor del cálculo de la pensión de viudedad que se elevó en 2 puntos, contribuyeron a que la brecha de género en pensiones se redujera hasta 10 puntos desde 2012.³³

A colación con la brecha de género, en 2020 se aprecia una desigualdad real en los salarios de las mujeres al cobrar un 36% menos que los hombres, aunque ésta sea decreciente cuando se jubilan las generaciones más jóvenes. Es urgente que esta “brecha” se destruya, debido a su persistencia en el mercado laboral, mediante la mejora de las condiciones de participación laboral de las mujeres como: acreditar los periodos de dedicación al cuidado familiar y luchar por las diferencias de salarios entre el hombre y la mujer hasta conseguir la plena igualdad salarial³⁴.

de 2019. Recuperado el 26 de enero de 2019 de <https://revista.seg-social.es/2019/01/25/la-nomina-de-pensiones-contributivas-asciende-a-9-53552-millones-de-euros-en-enero/>

32 SEGURIDAD SOCIAL: “El Gobierno aprueba la revalorización de más de 10,3 millones de pensiones”. *Revista electrónica Seguridad Social*. 28 de diciembre de 2018. Recuperado el 26 de enero de 2019 de <https://revista.seg-social.es/2018/12/28/el-gobierno-aprueba-la-revalorizacion-de-mas-de-103-millones-de-pensiones/>

33 SEGURIDAD SOCIAL: “Presupuestos de la Seguridad Social”. *Revista electrónica Seguridad Social*. 17 de abril de 2018. Recuperado el 17 de enero de 2019 de <https://revista.seg-social.es/2018/04/17/presupuestos-de-la-seguridad-social-2018/>

34 GÓMEZ, M.: “Cómo pagar la jubilación de la generación 'baby boom'”. *El País*. 10 de octubre de 2020. Recuperado el 12 de octubre de 2020 de <https://elpais.com/ideas/2020-10-09/como-pagar-la-jubilacion-de-la-generacion-baby-boom.html>

SITUACIÓN ACTUAL DE LAS PENSIONES EN ESPAÑA: PERSPECTIVA ECONÓMICA-FINANCIERA

Otras prestaciones que se deben destacar en el año 2020 son: las de nacimiento y cuidado de menor, riesgo durante el embarazo y lactancia natural, corresponsabilidad en el cuidado del lactante y cuidado de menores por cáncer u otra enfermedad; incrementadas interanualmente en un 14,65 % (1.936,84 millones de euros), debido al aumento progresivo del permiso de paternidad de 8 a 12 semanas.

Existen gastos como son el total por Incapacidad Temporal (IT), que aumentó en un 25,55% con 7.442,83 millones de euros, especialmente por contingencias profesionales con un 63,77% (1.115,60 millones de euros) por los procesos derivados de la pandemia actual; hay que sumar los gastos de cese de actividad de trabajadores autónomos cifrados en 3.929,12 millones de euros en contraste con los 9,65 millones de euros del 2019.

Las prestaciones no contributivas y pensiones, incluidos los complementos mínimos de pensiones contributivas, se incrementan hasta los 7.628,98 millones de euros, es decir, un 1,7% de aumento respecto al año 2019. En el importe citado, se dedican a pensiones no contributivas y complementos por mínimos 6.084,37 millones de euros, mientras que a subsidios y otras prestaciones 1.544,61 millones de euros, de los cuales, al nuevo Ingreso Mínimo Vital implantado por el Gobierno y prestaciones familiares, le corresponden 1.497,44 millones de euros³⁵.

Los factores condicionantes del sistema de pensiones de la Seguridad Social en España son:

Por un lado, el déficit del sistema desde 2011, que en el año 2017 alcanzó los 19.000 millones de euros, es decir, alrededor de 1.000 euros anuales por afiliado. Se debe a que las pensiones iniciales de las altas de jubilación son muy superiores a lo realmente cotizado, con déficit al sistema y que significa que ningún trabajador cotiza lo suficiente para financiar su pensión a lo largo de toda la esperanza de vida en el momento de su jubilación. En cambio, este sistema era viable, al reunirse condiciones demográficas y económicas muy favorables como: la incorporación al mercado de trabajo de la generación del *baby boom* y de la inmigración. En cambio, la crisis de 2008 revirtió este proceso y el número de pensiones por cotizante volvió a aumentar a un ritmo del 3,9 % anual desde el inicio de la crisis anterior hasta la actualidad, con una brecha entre ingresos y gastos difícil de cerrar a medio plazo.

Por otro lado, España es afortunadamente un país con alta esperanza de vida desde los 65 años con 19,4 años en hombres y 23,6 años en mujeres, que aumentará en los próximos años, al sumar más de un año por cada década de este Siglo XXI. Si se mantiene la edad de jubilación de manera constante, las pensiones se cobrarán durante más tiempo, al suponer una presión creciente sobre el gasto. En las próximas décadas, aumentará el número de pensiones desde los 9,6 millones en la actualidad hasta unos 15 millones a mediados del Siglo presente.

Si se sigue el modelo actual, el incremento sólo podría ser compensado con el aumento de los afiliados (aproximadamente se estiman 10 millones de afiliados), que conforme a las proyecciones

35 SEGURIDAD SOCIAL: "La Seguridad Social registra un saldo negativo de 7.690,87 millones de euros". *Revista electrónica Seguridad Social. op. cit.*

SITUACIÓN ACTUAL DE LAS PENSIONES EN ESPAÑA: PERSPECTIVA ECONÓMICA-FINANCIERA

demográficas actuales de las Naciones Unidas, la Comisión Europea o el Instituto Nacional de Estadística (INE), resulta poco probable, salvo que se retrase paulatinamente la edad de jubilación³⁶.

Si se cumplen las proyecciones de la Comisión Europea (2018), el déficit aumentará en casi 5 puntos hasta alcanzar el 6,3% del PIB en 2050, salvo que “se plantee una estrategia integral de largo plazo, con mecanismos de ajuste automáticos que permitan hacer frente a cualquier escenario demográfico y económico en el futuro, sin poner en riesgo la sostenibilidad del sistema”.³⁷

De las soluciones que se barajan, que han sido dadas por el Gobernador del Banco de España, Luis María Linde (2020) son: vincular la edad de jubilación en función de la esperanza de vida, quitar incentivos a la jubilación anticipada (con el consiguiente retraso de la edad de jubilación) y a través cuentas notariales, cuya cuantía de la pensión sea calculada conforme a las cotizaciones de toda la vida laboral³⁸.

En este “panorama” tan incierto con la crisis del COVID-19, surge la necesidad de reformar las Pensiones. El Ministro de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, José Luis Escrivá, en su comparecencia en la comisión parlamentaria del Pacto de Toledo en el mes de septiembre de 2020, ha reconocido que el déficit de la Seguridad Social se disparará al 2% del Producto Interior Bruto (PIB), por encima de los 25.000 millones.

El Departamento del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones trabaja en el medio y largo plazo para solucionar la problemática actual del déficit estructural del sistema. Se deben contener los gastos del envejecimiento de la población y la jubilación de la generación del *baby boom*, y así poder compensar con un aumento de los ingresos. Las cuatro medidas propuestas han sido las siguientes:

1. Transición progresiva mediante un sistema de tramos: los trabajadores autónomos han de cotizar por sus ingresos reales.
2. Mantenimiento del poder adquisitivo de los pensionistas unido a la revalorización de las pensiones al IPC.
3. Acortar la brecha entre la edad efectiva de jubilación (64,6 años) y la edad legal (67 años en 2027).

36 Por ejemplo, con las proyecciones de BOULHOL y GEPPERT (2018) para las Naciones Unidas «para mantener el ratio entre cotizantes y pensionistas al nivel actual la edad de jubilación debería aumentar hasta más de 76 años en 2050». Vid. SEGURIDAD SOCIAL: “Sostenibilidad y revalorización de las pensiones”. *Revista electrónica Seguridad Social*. 20 de diciembre 2018. Recuperado el 2 de febrero de 2019 de <https://revista.seg-social.es/2018/12/20/sostenibilidad-y-revalorizacion-de-las-pensiones/>

37 SEGURIDAD SOCIAL: “Sostenibilidad y revalorización de las pensiones”. *Revista electrónica Seguridad Social*. op.cit.

38 INSTITUTO SANTA LUCÍA: “El Banco de España recomienda volver a retrasar la edad de jubilación. Recuperado el 3 de octubre de 2020 de <https://institutosantalucia.es/el-banco-de-espana-recomienda-retrasar-la-edad-de-jubilacion/>

4. Cambiar el diseño de los incentivos de la previsión social complementaria³⁹.

Con todos estos datos “puestos sobre la mesa”, una de las soluciones a corto plazo es retrasar la edad de jubilación de modo voluntario en la que se propone que, al retrasar cuatro años la edad efectiva de jubilación, sufriría ésta un incremento traducido en una mejora económica de hasta el 16%. El Instituto de Actuarios Españoles (IAE) reconoce que en la mayoría de los casos “el pensionista recibe más de lo que ha aportado en su vida laboral” pero matiza que si, en lugar de jubilarse con 38 años cotizados lo hiciera con 42, “se beneficiaría de un premio del 4% por cada año de demora”, traducido en ese 16% de mejora antes citado. Sin embargo, esta teoría no es la regla general, porque habría casos en que pese a prolongar la edad de jubilación no todos los pensionistas se verían beneficiados con este incremento.

El Instituto de Actuarios Españoles (IAE) reconoce que se pueden solucionar las desigualdades para conseguir una relación más equitativa entre aportaciones y prestaciones a través de tres elementos, los cuales son: el tope del 100% del coeficiente por años cotizados, las elevadas penalizaciones por anticipar la edad de jubilación y las bajas bonificaciones por retrasarla. Así pues, abogan por corregir el sistema para hacerlo más equitativo con un margen de mejora, para conseguir que el crecimiento del PIB supere el 1,59% ayudando al sistema sin empeorar su eficiencia⁴⁰.

3. PROPUESTAS

1. *Fomento del empleo joven, tanto en el ámbito público como privado.* Se debe apostar por la correcta coordinación entre las políticas de empleo estatales, autonómicas y locales, a través de los Servicios Públicos de Empleo. No sólo debe fomentarse el empleo joven a través de políticas públicas, sino también bonificar a las empresas en el ámbito privado, para que puedan realizar contrataciones con una serie de incentivos fiscales.
2. *Crear soluciones eficaces para el aumento de la natalidad.* La creación de puestos de trabajo destinados empleo joven va relacionado con la capacidad económica del contribuyente que, al tener empleo, se puede lograr la emancipación y a su vez, adoptar decisiones para poder formar una familia con hijos. Conjuntamente, los poderes públicos deben proporcionar: ayudas y subvenciones a la natalidad y cuidado del menor, medidas efectivas de conciliación laboral y familiar, aumento del permiso de paternidad y maternidad, etc.

39 TRINCADO B. “El Gobierno prepara nuevos y mayores incentivos para retrasar voluntariamente la jubilación”. *Cinco Días. El País*. 10 de septiembre de 2020. Recuperado el 3 de octubre de 2020 de https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/09/09/economia/1599662292_898593.html

40 DE ANTONIO J.: “Retrasar cuatro años la jubilación mejora la pensión hasta un 16%”. *Economía. La Razón*. 2 de septiembre de 2020. Recuperado el 3 de octubre de 2020 de <https://www.larazon.es/economia/20200902/t5zci6vjvfgzphthwfrha5juvu.html>

SITUACIÓN ACTUAL DE LAS PENSIONES EN ESPAÑA: PERSPECTIVA ECONÓMICA-FINANCIERA

3. *Destruir la brecha de género hasta lograr la igualdad salarial.* Si hablamos de desigualdades, se ha de hablar de esta realidad de la brecha de género en el que la mujer ha de tener el mismo salario que el hombre. Debido a esta situación, las mujeres tienen un empobrecimiento de poder adquisitivo en la pensión, así pues, se debe luchar por un salario equitativo para que a la hora de la jubilación puedan tener la misma cuantía cotizada, tanto el hombre como la mujer.
4. *No retrasar la edad de jubilación y premiar a los mayores de 65 años por su contribución en la cotización, especialmente si han cotizado más de 35 años.* Personalmente, creo que es un grave error el retraso paulatino de la edad de jubilación porque considero es la antítesis para dar un relevo generacional en los puestos de trabajo. Cuanto más se retrase, más tarde comenzarán los jóvenes a cotizar y como consecuencia, se diferirá la natalidad.
5. *No penalizar los planes de pensiones en el “rescate” en la Ley del IRPF y creación en el ámbito laboral de un sistema de “mochila austriaca”.* Resulta completamente desproporcionado que a la hora de solicitar el importe del plan de pensiones se deba tributar íntegramente en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas como rendimiento de trabajo (artículos 17 a 20 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del IRPF), que castiga el poder adquisitivo de los jubilados. En mi opinión, creo que se debería bonificar este “rescate” a través de reducciones efectivas que se apliquen a todos los pensionistas sin excepción. Asimismo, se debería incentivar por parte de las empresas y Administraciones Públicas a la creación de una “mochila austriaca”, que es un sistema de aseguramiento del despido con el que las empresas aportan obligatoriamente una cantidad a cuentas de ahorro individuales de cada uno de sus trabajadores para aumentar la cuantía de su jubilación.
6. *Buscar alternativas de financiación: “Tasa Tobin” y recaudación de otros impuestos extraordinarios.* Independientemente de las medidas propuestas anteriormente, se deben buscar alternativas de financiación para garantizar la sostenibilidad de las pensiones públicas. Por ejemplo, mediante el Impuesto a las Transacciones Financieras o comúnmente conocido como la “Tasa Tobin” (actualmente en trámite parlamentario), la cual grava las operaciones de adquisición de acciones de sociedades españolas cotizadas con una capitalización bursátil superior a los 1.000 millones de euros, cuya recaudación puede ir destinada a la financiación de las pensiones. Podrían buscarse medidas de recaudación extraordinarias: a las grandes fortunas, a las empresas del IBEX-35, o a las filiales españolas de empresas que se encuentran en países no armonizados fiscalmente como, por ejemplo, en Irlanda (UE) e incluso en paraísos fiscales.
7. *Crear planes efectivos para el retorno de los jóvenes talentos y apostar por la inversión de Investigación, Desarrollo e Innovación (I+D+I).* Si solucionamos los problemas antes expuestos será más fácil poder atraer de nuevo a los jóvenes talentos españoles que trabajan en otros países con una fuerte apuesta de inversión en el I+D+I. Esta medida debe ser una tendencia en auge, más aún hoy en día, en la investigación de una vacuna efectiva contra el COVID-19.
8. *Ayudar a los inmigrantes en España.* Los inmigrantes que trabajan y cotizan en nuestro país suelen hacerlo en unas condiciones de precariedad que, por regla general, ocupan los empleos de baja cualificación. Ellos han de sumarse a nuestra “esperanza de rejuvenecimiento generacional” por lo que se han proteger con unas condiciones dignas laborales mediante la igualdad real y efectiva que ampara el artículo 9.2 de nuestra Constitución Española.

AVANCES LEGISLATIVOS HACIA LA CORRESPONSABILIDAD

LEGISLATIVE PROGRESS TOWARDS CO-RESPONSABILITY

Raquel Castro Medina

Trabajadora Social

raquelcm30@uma.es ORCID [0000-0003-0604-6045](https://orcid.org/0000-0003-0604-6045)

Recepción de trabajo: 15-03-2021 - Aceptación: 18-03-2021

■ 1. ANTECEDENTES Y CONTEXTO. ■ 2. LA ACTUAL REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD TRAS ALGUNAS DE LAS MEJORAS IMPULSADAS POR LA LEY ORGÁNICA DE IGUALDAD Y EL RD-LEY 6/2019. 2.1. Suspensión del contrato por maternidad biológica. 2.2. Suspensión del contrato por adopción y guarda con fines de adopción y de acogimiento. 2.3. La protección social de la maternidad. ■ 3. NOTAS FINALES Y CONCLUSIONES

* En este artículo se recogen parte de las investigaciones realizadas bajo la dirección del profesor Miguel Ángel Gómez Salado para la elaboración de mi Trabajo Fin de Carrera de título: "La regulación laboral y de la seguridad social de la maternidad a partir de la ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres" durante el curso académico 2018/2019, por el que obtuve la calificación de Matricula de Honor.

RESUMEN

La corresponsabilidad en el cuidado de los hijos, supone uno de los objetivos más ambiciosos perseguidos por el legislador a la hora de garantizar la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. En este sentido, la normativa específica entorno a la protección de la maternidad y paternidad ha sufrido numerosas modificaciones a lo largo de la historia con el fin de adaptarse a las nuevas necesidades familiares y al doble rol femenino de madre y trabajadora. Y es que, como demuestra el presente trabajo, cada vez son más las facilidades de acceso a la suspensión de la actividad laboral por maternidad y paternidad, y cada vez son más flexibles los requisitos para el disfrute de las prestaciones de la Seguridad Social, pero, sin embargo, aún queda mucho camino que recorrer para igualar las cargas familiares y laborales de ambos progenitores.

PALABRAS CLAVE: maternidad, legislación laboral, Seguridad Social, corresponsabilidad.

ABSTRACT

Co-responsibility in the care of children is one of the most ambitious objectives pursued by the legislator when it comes to guaranteeing when it comes to guaranteeing when it comes to guaranteeing effective equality between women and men. In this sense, the specific regulations surrounding the protection of maternity and paternity have undergone numerous modifications throughout history in order to adapt to new family needs and the dual female role of mother and worker. And, as this work shows, there are more and more facilities for access to suspension of work due to maternity and paternity, and the requirements for the enjoyment of Social Security benefits are increasingly more flexible, however, there is still a long way to go to equalize the family and work burdens of both parents.

KEYWORDS: maternity, labor legislation, Social Security, co-responsibility.

1. ANTECEDENTES Y CONTEXTO

La regulación de la maternidad en nuestro ordenamiento jurídico-laboral ha sufrido numerosas reformas en función de las coyunturas sociales, culturales e ideológicas en torno al papel de la mujer como madre y trabajadora. En efecto, si atendemos a las sucesivas aportaciones o modificaciones efectuadas a lo largo de la historia, veremos cómo desde la primera referencia legislativa sobre la maternidad a comienzos del siglo XIX, hasta prácticamente la transición democrática, lo primordial era blindar la maternidad intensiva sin atender a los derechos laborales de la mujer. Y, no será hasta tiempo después, con las sucesivas aportaciones que la Ley 3/1989, de 03 de marzo¹ realiza al primario Estatuto de los Trabajadores, cuando se alcancen las dieciséis semanas de permiso por maternidad en parto simple y dieciocho en múltiples, vigentes en la actualidad. Incluso, ya por entonces, en un débil intento de fomentar la crianza compartida, se contemplaba que el padre pudiese disfrutar de hasta cuatro semanas coincidiendo con las últimas reconocidas a la madre si ambos trabajaban.

En la misma línea, se empiezan a vertebrar pequeños avances tan beneficiosos como necesarios en materia de conciliación² que serán recogidos en el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado el 20 de junio de 1994. Claros ejemplos serán los permisos de lactancia o la regulación de la excedencia por cuidado de menores, que podrían ser solicitados por cualquiera de los dos progenitores siempre que ambos trabajasen.

A pesar del esfuerzo legislativo, tales mejoras resultaron ser insuficientes en tanto que el permiso de paternidad continuaba estrechamente condicionado a la actividad laboral de la madre y la duración de la suspensión del contrato por maternidad era mucho más extensa que la correspondiente por paternidad. Lo cual, sin duda dejaba entrever la fuerza de las construcciones sociales e ideológicas asociadas a la crianza, en la medida en que se seguía justificando la dedicación mayoritariamente femenina a esta tarea en el ideal del instinto materno y el amor maternal³.

En ese contexto, en el que ni las pautas sociales ni las medidas legislativas favorecían la consecución de una igualdad efectiva entre ambos progenitores, entra en juego el discurso de la compatibilización frente al discurso de la renuncia⁴ en el que las mujeres deben enfrentarse a las dificultades que aún arrastran los mecanismos propuestos para el ejercicio simultáneo del empleo, el trabajo doméstico y el cuidado de los menores.

1 Boletín Oficial del Estado n. 57, del 8 de marzo de 1989.

2 El año 1999 trae consigo una nueva ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

3 Bandinter, E. «¿Existe el instinto maternal? Historia del amor maternal, siglos XVII al XX.» Editorial Paidós, España, 1991. p.304

4 Sampedro, R., Gómez, V. y Montero, M. «Maternidad tardía: Incidencia, perfiles y discursos.» *Empiria: Revista de metodología de ciencias sociales*. 2002, n.5, pp. 11-36.

AVANCES LEGISLATIVOS HACIA LA CORRESPONSABILIDAD

Además, en la actualidad, la presencia de la mujer en el mercado laboral y el valor que esta asocia a su propia realización profesional debilita ese rol tradicional de madre que dedica todo su tiempo y sus esfuerzos al cuidado de sus hijas/os. Como consecuencia, ese deseo de las mujeres de tener una vida profesional exitosa fruto de las fuertes inversiones en su educación, ha actuado como contrapeso a la hora de retrasar la maternidad hasta consolidar el estatus laboral o incluso replantearse este proyecto⁵, más aún cuando carecen de apoyo social o las prestaciones sociales relacionadas con la protección a la maternidad son escasas.

No obstante, el peso de la maternidad intensiva sigue generando frustración y ambivalencia en aquellas mujeres que quieren prosperar profesionalmente pero les gustaría dedicar mayor atención a sus hijos⁶. De ahí que la madre o la futura madre sufra la presión de cumplir con las funciones propias de la “buena madre” frente al deseo de disfrutar de una vida personal propia y una carrera profesional exitosa⁷.

2. LA ACTUAL REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD TRAS ALGUNAS DE LAS MEJORAS IMPULSADAS POR LA LEY ORGÁNICA DE IGUALDAD Y EL RD-LEY 6/2019

Con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres (en adelante LOI) se pretende poner freno a esta difícil situación, y para ello no duda en denunciar como discriminación directa por razón de sexo «*todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad*». Además, con su llegada, todo el anterior tratamiento normativo específico sufrirá una notable reforma, en la medida en que la configuración la maternidad comenzará a ser tratada como todo un derecho innato a la condición de mujer más que como una protección otorgada⁸. Es más, desde entonces, los beneficios asociados a la suspensión por maternidad se extenderán a todos los regímenes del sistema de la Seguridad Social y a modelos familiares más amplios.

5 Bernardi, F. y Rquena, M «La caída de la fecundidad y el déficit de natalidad en España.» *Revista Española de Sociología*, 2003, n.3, pp. 29-49.

6 Solé, C. y Parella, S. «Nuevas expresiones de la maternidad. Las madres con carreras profesionales exitosas» *Revista de Educación Social*, 2004, n. 4, pp. 67-92.

7 Rodríguez, M., Fernández C. «Empleo y maternidad: el discurso femenino sobre las dificultades para conciliar familia y trabajo.» *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2010, vol. XXVIII, n. 2, pp. 257-275.

8 Lousada Arochena, J «La maternidad y la conciliación en la Ley de Igualdad, y en especial su regulación para la carrera judicial», *Cuadernos de derecho judicial*, n. 5, 2007, pp.53-126.

2.1 Suspensión del contrato por maternidad biológica

Por lo que se refiere a la maternidad biológica, la LOI no ha introducido nuevos supuestos respecto a los que la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras ya preveía. De forma que, de manera genérica, se mantiene la justificación de la suspensión del contrato por maternidad en la necesidad de velar por la recuperación de la madre y garantizar los cuidados del recién nacido.

Ahora bien, no debemos olvidar que existen otros bienes jurídicos dignos de protección como son la salvaguarda de la situación laboral y la carrera profesional de la trabajadora⁹. En consecuencia, la tutela normativa se extiende a los procesos de gestación que no llegan a término, a los partos frustrados, al fallecimiento del hijo/o e incluso al aborto con algunos matices y especificaciones. Circunstancias en las que si bien la recuperación física de la madre tiene un peso importante, el agravante que supone el trauma derivado de la pérdida, debilita la capacidad de reincorporarse a la rutina laboral tras el periodo de descanso establecido.

Con todo, y pesar del gran avance que supone este reconocimiento, no se hace mención a los casos de interrupción espontánea o voluntaria del embarazo. En tales casos, y como forma de paliar tal laguna, la doctrina coincide en englobarlos dentro de la incapacidad laboral, dado su carácter temporal, y no como circunstancia que pudiera generar la suspensión del contrato por motivos de maternidad¹⁰. Este encuadre supone claramente una vulneración del principio de igualdad entre los sexos al ser el aborto un riesgo exclusivamente femenino¹¹, y es que cuando el aborto terapéutico o espontáneo se produce una vez que la trabajadora está disfrutando de los permisos prenatales, esa baja por maternidad se transformará en baja por incapacidad temporal¹² con el perjuicio que ello conlleva para la trabajadora¹³.

En cuanto a la titularidad del permiso, la suspensión del contrato por maternidad es un derecho que se reconocía tradicionalmente en exclusiva a la mujer trabajadora sin que el padre pudiera disfrutar independientemente de un periodo de descanso similar destinado a los primeros cuidados del recién nacido. Hecho para el que, desgraciadamente, la entrada en vigor de la LOI no supuso una mejora revolucionaria.

9 Romero Burrillo, A. «La regulación laboral y de la seguridad social de la maternidad a partir de la ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», *Trabajo, género e igualdad, un estudio jurídico-laboral diez años de la aprobación L03/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Aranzadi, Pamplona, 2018, pp. 99-137.

10 López Anioarte, C. «La suspensión del contrato de trabajo por maternidad biológica». *Anales del Derecho*, Universidad de Murcia, n. 18, 2000, pp. 117-130.

11 Garrigues Giménez, A. «Incapacidad temporal o maternidad, la intersección de dos contingencias» en Asociación Española del Trabajo y la Seguridad Social. 1996, pp 278- 293.

12 Núñez-Cortés Contreras, P. «La licencia por maternidad de la trabajadora». Madrid: Dykinson, 2002, pp. 103.

13 A este respecto, el Real Decreto 295/2009, establece que la prestación económica no se verá reducida «aun cuando el feto no reúna las condiciones establecidas en el artículo 30 del Código Civil para adquirir la personalidad, siempre que hubiera permanecido en el seno materno durante, al menos, ciento ochenta días».

AVANCES LEGISLATIVOS HACIA LA CORRESPONSABILIDAD

En efecto, la redacción original del art. 48.4 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET) simplemente se limitaba a concretar que una persona distinta a la madre trabajadora fuera sujeto del derecho *solo* si había una cesión de la misma a favor del otro progenitor o en aquellos casos en los que la madre no cumpla los requisitos exigidos¹⁴. A pesar de ello, no debemos pasar por alto que si bien la LOI aún mantiene la necesidad de que ambos progenitores trabajen, ha optado por una interpretación más amplia del término trabajo, indicando que en los casos en los que la trabajadora no tuviera la posibilidad de suspender su actividad laboral con derecho a prestaciones, el otro progenitor podrá disfrutar del período concedido a la madre. De ahí que, desde la entrada en vigor de la LOI, el permiso de paternidad queda, en cierto modo, desvinculado de la actividad profesional de la madre, configurándose como un derecho mínimo y necesario¹⁵.

A pesar de ese esfuerzo, desgraciadamente, el reconocimiento del derecho a suspender la actividad laboral no se realizó en un plano de igualdad entre ambos progenitores¹⁶. Y es que, al ser tratado entonces el permiso por paternidad como un derecho voluntario del trabajador y no como un deber, era susceptible de ser objeto de renuncia para evitar posibles perjuicios en su carrera profesional, lo que indudablemente entorpecía la consecución de la deseada igualdad real y efectiva¹⁷.

Con intención de paliar esas faltas, 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 ocupación¹⁸ reformula nuevamente lo dispuesto en el art. 48.4 ET, de forma que tanto la madre biológica como el otro progenitor *deberán* suspender su actividad laboral durante 16 semanas, siendo para *ambos obligatorio* el descanso ininterrumpido y a jornada completa de las seis semanas posteriores al parto¹⁹.

Por último, de esta nueva redacción y de su antecesora es preciso señalar, el gran avance que supone el uso del lenguaje no sexista en la legislación mediante la expresión «otro progenitor» que a su vez representa un claro propósito normativo en cuanto a la expansión del disfrute para atender a los nuevos modelos familiares que forman parte de nuestra realidad social²⁰.

14 Núñez- Cortés Contreras, P., Garrigues Giménez, A. y Velasco Portero, T. «La suspensión del contrato de trabajo por maternidad y paternidad en la nueva Ley Orgánica de igualdad». *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Nº 17, 2007.

15 Fernández Collados, B. «La suspensión del contrato de trabajo y el permiso retribuido por nacimiento de hijo: dos medidas de conciliación familiar y laboral, diferentes y compatibles.» *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, vol. II, n. 1, 2009, pp. 45-51.

16 Romero Burillo, A. «La regulación laboral y de la seguridad social de la maternidad...» *Trabajo, género e igualdad, un estudio jurídico-laboral diez años de la aprobación LO3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Aranzadi, Pamplona, 2018, pp. 99-137.

17 Moreno Gené, J. «La suspensión del contrato de trabajo y prestación por paternidad de los trabajadores por cuenta ajena diez años después de la aprobación de la ley de igualdad.» *Trabajo, género e igualdad: un estudio jurídico-laboral tras diez años de la aprobación de la Ley 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, coord. Romero Burillo, A y Rodríguez Orgaz, C. 2018, pp. 141-201.

18 Boletín Oficial del Estado, n. 57, de 7 de marzo de 2019.

19 Cabe decir que la igualación del permiso del otro progenitor al de maternidad fue progresivo alcanzándose las 16 semanas este año 2021.

20 Núñez- Cortés Contreras, P., Garrigues Giménez, A. y Velasco Portero, T. «La suspensión del contrato de trabajo por maternidad y paternidad...». *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Nº 17, 2007.

2.2 Suspensión del contrato por adopción y guarda con fines de adopción y de acogimiento

Como sabemos, dentro de los supuestos enumerados en el art. 45.1 del ET de las causas y efectos de la suspensión contractual se contempla tanto la baja por nacimiento como por adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento. Con ello se pretende: por un lado hacer valer el principio constitucional de no discriminación según la filiación del menor o el estado civil de la madre (art. 39.2 CE), y por otro abarcar a todas y cada una de las posibles formas de ejercer la maternidad y/o paternidad.

De hecho, para cumplir con tal objetivo, una de las aportaciones de la LOI va dirigida a incluir situaciones de temporalidad como son el acogimiento permanente y simple²¹. Este avance se refuerza con la nueva redacción del art. 45.1.d) de mano del RD 6/2019 al reformular los mismos como guarda con fines adoptivos o de acogimiento. Al mismo tiempo, incluir situaciones de temporalidad supone un gran avance en tanto que responde a la necesidad de cuidar al menor mientras se resuelve judicialmente situaciones en las que el tutor o los padres biológicos presentan su oposición al acogimiento pre-adoptivo o permanente²².

En cualquier caso, en supuestos de adopción y acogimiento o guarda, si bien no es necesario velar por la recuperación de la madre tras el parto o los cuidados del recién nacido, facilitar la adaptación de los menores al nuevo núcleo familiar resulta un bien jurídicamente protegido comparable al esfuerzo por favorecer los vínculos afectivos entre los progenitores y los hijos o hijas biológicos²³.

Esto supone que el derecho de la suspensión del contrato es compartida y reconocida por igual a ambas personas acogedoras o adoptantes²⁴. Y es por ello que, el mencionado precepto concede a cada progenitor un periodo obligatorio de suspensión de seis semanas a disfrutar a tiempo completo e ininterrumpidamente, siendo las restantes semanas hasta igualar a las correspondientes por maternidad o paternidad biológica de carácter voluntario para ambos padres o madres adoptantes, guardadores o acogedores.

A este punto cabe añadir que, al igual que con la maternidad biológica, el legislador utiliza la expresión “*otro progenitor*” de modo que, indistintamente, se dirige tanto a las parejas heterosexuales

21 El art. 173 bis del Código Civil define el acogimiento simple como una situación transitoria en la que se prevé la reincorporación del menor en su familia de origen o la adopción de una medida de protección más estable.

22 Núñez- Cortés Contreras, P., Garrigues Giménez, A. y Velasco Portero, T. «La suspensión del contrato de trabajo por maternidad y paternidad en la nueva Ley Orgánica de igualdad». *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n. 5, 2007, pp. 2007-2030.

23 García Atance, Juan. «La reforma de las prestaciones de maternidad y paternidad por la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.» *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2009, n° 79, p. 159-188.

24 Romero Burrillo, A. «La regulación laboral y de la seguridad social de la maternidad a partir de la ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», *Trabajo, género e igualdad, un estudio jurídico-laboral diez años de la aprobación L03/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Aranzadi, Pamplona, 2018, pp. 99-137.

AVANCES LEGISLATIVOS HACIA LA CORRESPONSABILIDAD

como a las homosexuales²⁵ en el reconocimiento de sus derechos para ser personas acogedoras o adoptivas según lo establecido en el Código Civil.

Finalmente, otras de las aportaciones que efectúa la LOI en esta materia es la imposibilidad de que en un mismo menor pueda dar derecho a varios periodos de suspensión, aunque el mismo sea sujeto de varias situaciones de adopción o guarda. En este sentido, resulta interesante la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid del 7 de julio del 2014 que falla a favor de la madre adoptiva reconociéndole el derecho al periodo suspensivo y la prestación correspondiente, aunque su pareja, la madre biológica del menor, hubo disfrutado de las garantías asociadas a la situación por maternidad.

2.3 La protección social de la maternidad

La suspensión contractual por maternidad se completa con la protección que otorga la Seguridad Social (en adelante SS) en una doble vertiente; por un lado con el mantenimiento del régimen de cotización habitual de la persona trabajadora, y de otro lado con la sustitución de las rentas dejadas de percibir²⁶. De hecho, esta acción protectora de la SS se suma al empeño por incentivar la corresponsabilidad y evitar la discriminación laboral en el ejercicio de la maternidad, de tal forma que la LOI amplía los objetivos rectores de la debida contingencia más allá de la cobertura estrictamente necesaria para corregir los déficits naturales de la interrupción temporal de empleo y salario.

El art.177 de la LGSS recoge todas y cada una de las situaciones que dan lugar a la suspensión del contrato por maternidad y/o paternidad con algunas especificaciones señaladas en el RD 295/2009. A pesar de este acierto, cabe lamentar que, la reforma operada por la Ley 26/2015, de 28 de junio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia²⁷, no se haya visto reflejada en la redacción del RD 295/2009 dejando fuera otras formas familiares como el acogimiento de urgencia o profesionalizado²⁸.

En cualquier caso, las situaciones recogidas en la LGSS y en el RD 295/2009, conforman una lista abierta y dinámica con capacidad de adecuarse a las nuevas realidades sociales, laborales y familiares. Muestra de ello son los pronunciamientos del Tribunal Supremo en lo referente a la posibilidad de percibir el subsidio en los supuestos de gestación por sustitución²⁹, e incluso en los

25 Núñez- Cortés Contreras, P., Garrigues Giménez, A. y Velasco Portero, T. «La suspensión del contrato de trabajo por maternidad y paternidad en la nueva Ley Orgánica de igualdad». *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n.5, 2007, pp. 2007-2030.

26 Ballester Pastor, M. «Alcance y contenido de la prestación por maternidad contributiva» *La prestación de maternidad*. Tirant lo Blanch, 2013.

27 Boletín Oficial del Estado n. 180, de 29 de julio de 2015.

28 Moreno Gené, J. «La suspensión del contrato de trabajo y prestación por paternidad de los trabajadores por cuenta ajena diez años después de la aprobación de la ley de igualdad.» *Trabajo, género e igualdad: un estudio jurídico-laboral tras diez años de la aprobación de la Ley 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, coord. Romero Burillo, A y Rodríguez Orgaz, C. 2018, pp. 141-201.

29 A este respecto, cabe señalar el caso de un trabajador por cuenta ajena padre de dos niñas por maternidad subrogada que opta a la suspensión del contrato y la baja por paternidad. Finalmente, pese a la negativa de la empresa, le es concedida la baja de paternidad correspondiente con derecho

AVANCES LEGISLATIVOS HACIA LA CORRESPONSABILIDAD

casos menos polémicos y cada vez más comunes en los cuales un miembro de la pareja quiere adoptar al hijo/a del otro miembro.

En cuanto a las personas beneficiarias la redacción del art. 3.1 del RD 295/2009 parece estar acorde con objetivos de conciliación familiar y corresponsabilidad marcados por la LOI en tanto que establece que «serán beneficiarios del subsidio por maternidad los trabajadores por cuenta ajena o propia, cualquiera que sea su sexo [...]». Sin embargo, lo cierto era que el disfrute del subsidio por maternidad del otro progenitor, venía condicionado a la voluntariedad de la madre, al fallecimiento de esta o a determinados supuestos en los que la trabajadora no tuviera derecho a las prestaciones o no reuniese los requisitos mínimos de cotización³⁰. Es decir, hasta regulación conjunta de la prestación por paternidad y maternidad con llegada del RD 6/2019, cabía la posibilidad de tener derecho al periodo de descanso pero no a la protección correspondiente de la SS³¹.

Respecto al periodo mínimo de cotización exigido con anterioridad a las mejoras efectuadas por el RD 6/2019 era de 180 días inmediatamente anteriores al parto o a las fechas de decisión administrativa de adopción o guarda³². En la actualidad, fruto de esos esfuerzos legislativos, el reformado art. 178 de la LGSS enumera nuevos periodos de carencias en función de la edad de la persona beneficiaria con la intención de facilitar el acceso a la prestación por nacimiento y cuidado de menor. A este respecto, parte de la doctrina considera que se trata más de un esfuerzo teórico que real, puesto que si el fin último era potenciar la maternidad como valor social, hubiera sido más eficaz retirar el requisito de carencia para todos los supuestos³³.

De igual forma, se ha criticado ampliamente el descuido de la LOI a la hora de adaptar tales modificaciones al periodo exigible de cotización para las personas empleadas a tiempo parcial, más aún cuando la mayoría de estas son mujeres³⁴. Además, usualmente, también son las mujeres quienes

a percibir el 100% de la remuneración durante las 18 semanas, por ser el único progenitor que ostenta la patria potestad. Ante esta resolución, el Tribunal Supremo (STS 5375/2016) resuelve afirmando que, sin bien la actual regulación legal (LGSS) y reglamentaria (RD 295/2009) omite la contemplación de estos supuestos, no es tan cerrada como para impedir su interpretación en el sentido más favorable a fin de proteger las menores con independencia de su filiación, garantizando conciliación familiar y laboral.

30 Art. 3. RD 295/2009, de 6 de marzo.

31 Moreno Gené, J. «La suspensión del contrato de trabajo y prestación por paternidad de los trabajadores por cuenta ajena diez años después de la aprobación de la ley de igualdad.» *Trabajo, género e igualdad: un estudio jurídico-laboral tras diez años de la aprobación de la Ley 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, coord. Romero Burillo, A y Rodríguez Orgaz, C. 2018, pp. 141-201.

32 Romero Burrillo, A. «La regulación laboral y de la seguridad social de la maternidad a partir de la ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», *Trabajo, género e igualdad, un estudio jurídico-laboral diez años de la aprobación L03/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Aranzadi, Pamplona, 2018, pp. 99-137.

33 Barcelón Cobedo, S. «Igualdad y protección de la contingencia de maternidad», *Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres*, 2007.

34 No será hasta 2013 cuando se regulen los periodos necesarios de cotización para los trabajadores a tiempo parcial.

AVANCES LEGISLATIVOS HACIA LA CORRESPONSABILIDAD

reducen su jornada para facilitar la conciliación familiar-laboral, con el perjuicio sobre su cotización que ello supone por la pérdida proporcional a partir del segundo año³⁵.

A propósito de esta falta de sensibilización, cabe destacar que ninguna regla se ha previsto para los casos de parto prematuro ni en cualquier otro supuesto en el que el neonato debiera permanecer hospitalizado pese a las modificaciones que si efectúa la LOI sobre los periodos suspensivos³⁶.

A este respecto, no podemos pasar por alto el posible gravamen sobre los requerimientos de edad y carencia para los casos de adopción y guarda, ya que la norma prevé el periodo de cotización más alto para los posibles beneficiarios del subsidio mayores de 26 años, sin tener en cuenta que las personas que optan por esa maternidad superan con creces esa franja de edad³⁷. De ahí, que para algunos autores, la buena voluntad normativa por realizar una ordenación unitaria de la prestación económica para los supuestos de maternidad biológica, adopción y acogimiento, supone diluir diferencias sustanciales como la expuesta anteriormente³⁸.

Por su parte, la prestación económica por maternidad no queda afectada por las modificaciones de la LOI, es decir, se mantiene el pago de una cuantía del 100% de la Base Reguladora por Maternidad para cada progenitor³⁹. Esta individualización, es entendida desde el punto de vista del Derecho comparado como una forma incentivar el disfrute el padre, puesto que si la renta materna determinase la prestación del otro progenitor, al ser esta generalmente menor, implicaría una disminución en los ingresos familiares⁴⁰.

Como norma general, para el cálculo de la Base Reguladora será necesario dividir el importe de la base de cotización de la persona trabajadora en el mes anterior a la fecha de iniciación de la IT por el número de días a que dicha cotización se refiere. No obstante, tras la aprobación de la LOI y el RD-ley 6/2019 la nueva redacción del art. 179 permite paliar la demora que supone este cálculo en función

35 Romero Rodeno, M. «La protección de los trabajadores a tiempo parcial tras las últimas reformas.» *Revista Española de Derecho del Trabajo, Aranzadi*, nº 171, 2014.

36 Romero Burillo, A. «La regulación laboral y de la seguridad social de la maternidad...» *Trabajo, género e igualdad, un estudio jurídico-laboral diez años de la aprobación LO3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Aranzadi, Pamplona, 2018, pp. 99-137.

37 Romero Burrillo, A. «La regulación laboral y de la seguridad social de la maternidad a partir de la ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», *Trabajo, género e igualdad, un estudio jurídico-laboral diez años de la aprobación LO3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Aranzadi, Pamplona, 2018, pp. 99-137.

38 Gómez, Gordillo, R. «Convivencia previa y derecho a los progenitores a la prestación de maternidad por adopción», *Revista Doctrinal Aranzadi Social, Aranzadi*, nº 80, 2011.

39 Art. 7.6 RD 295/2009.

40 Ballester Pastor, M. «La prestación de maternidad». *Tirant lo Blanch*. Valencia, 2013.

AVANCES LEGISLATIVOS HACIA LA CORRESPONSABILIDAD

de los meses vencidos⁴¹. De forma que, el subsidio podrá ser reconocido por el Instituto Nacional de la Seguridad Social mediante resolución provisional.

Sin embargo, donde sí se evidencia un mayor avance es en el desarrollo o dinámica de la prestación. En efecto, la LOI establece una nueva regulación para los casos de percepción del subsidio por maternidad durante el disfrute de la prestación por desempleo. Tal innovación viene a contrarrestar las desventajas que acarrea la anterior legislación al respecto. De tal forma que, actualmente la persona trabajadora, no verá reducido el periodo de disfrute del desempleo a favor de percibir el subsidio por maternidad, sino que una vez suspendida la prestación por desempleo pasará a percibir la correspondiente por maternidad, y una vez que esta finalice, se reanudará el desempleo por el tiempo que corresponda⁴². El mismo tratamiento se les ha asignado a aquellas personas que encontrándose en situación de ERTE solicitaron la prestación por nacimiento y cuidado de menor.

Por último, debemos subrayar que si bien todas estas consideraciones han supuesto un gran impulso para la consecución de la igualdad real y efectiva entre ambos progenitores, el subsidio de naturaleza no contributiva es, sin duda, una de las principales mejoras introducidas por la LOI⁴³. Tanto es así, que con anterioridad a la reforma existía la posibilidad de que una trabajadora suspendiera su contrato durante las seis semanas obligatorias tras el parto sin tener acceso a ninguna prestación de SS. La importancia adscrita a esta prestación de carácter «especial», por lo tanto, recae en el reconocimiento a las trabajadoras de un subsidio económico durante 42 días, aun cuando estando afiliadas y en situación de alta o asimilada, no reúnan el periodo mínimo de cotización para optar a la prestación por maternidad tradicional⁴⁴. Según lo previsto en el art. 181 de la LGSS, serán beneficiarias las trabajadoras incluidas en el Régimen General de la SS, que exclusivamente en el caso de parto no cumplan con los requisitos de cotización⁴⁵. Como vemos, el fin último de la prestación prima la protección de la madre trabajadora durante de recuperación física tras el alumbramiento, sobre otros bienes jurídicos igualmente valiosos⁴⁶.

41 Romero Burrillo, A. «La regulación laboral y de la seguridad social de la maternidad a partir de la ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», *Trabajo, género e igualdad, un estudio jurídico-laboral diez años de la aprobación L03/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Aranzadi, Pamplona, 2018, pp. 99-137.

42 Romero Burrillo, A. «La regulación laboral y de la seguridad social de la maternidad a partir de la ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», *Trabajo, género e igualdad, un estudio jurídico-laboral diez años de la aprobación L03/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Aranzadi, Pamplona, 2018, pp. 99-137.

43 Romero Burrillo, A. «La regulación laboral y de la seguridad social de la maternidad...» *Trabajo, género e igualdad, un estudio jurídico-laboral diez años de la aprobación L03/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Aranzadi, Pamplona, 2018, pp. 99-137.

44 Fernández-Peinados Martínez, A. «Prestación no contributiva por maternidad. La Reforma de la Seguridad Social», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 2, 2013.

45 El RD-Ley 6/2019 cambia la redacción del art. 181 LGSS optando por sustituir "subsidio por maternidad", "por subsidio por nacimiento" y "prestación por maternidad" por "prestación por nacimiento y cuidado de menor" con la intención de procurar un lenguaje más inclusivo.

46 Romero Burrillo, A. «La regulación laboral y de la seguridad social de la maternidad a partir de la ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad

3. NOTAS FINALES Y CONCLUSIONES

En la actualidad, la maternidad intensiva comienza a desvanecerse a favor del deseo de las mujeres por disfrutar de una mayor participación en otros ámbitos de la vida privada y pública. Sin embargo, los estereotipos tradicionales de género y el valor que aún se asocia al prototipo de “buena madre”, propician que sean las mujeres quienes normalmente agoten la baja por maternidad, quienes se decanten por un trabajo a media jornada o quienes soliciten la excedencia por cuidado de hija/o con los agravantes laborales y sociales que ello conlleva. Como consecuencia de todas estas dificultades, cada vez son más las mujeres que deciden no emprender el proyecto de la maternidad o retrasarlo hasta alcanzar sus objetivos profesionales, más aún cuando el esfuerzo académico es elevado.

Ni duda cabe que, históricamente, la legislación laboral española ha procurado otorgar una especial protección a las madres trabajadoras, pero no será hasta muy avanzada la democracia, cuando de verdad el interés del legislador se centre en salvaguardar tanto la recuperación post-parto de la madre como todas las garantías asociadas a la suspensión del contrato y su posterior reincorporación.

A este respecto, la LOI y el RD-Ley 6/2019 dan un paso más aportando, desde una perspectiva de género, numerosas modificaciones destinadas a mejorar la conciliación familiar y laboral en aras de la corresponsabilidad. En este sentido, podemos señalar algunas contribuciones ampliamente aplaudidas por la doctrina, como son:

En primer lugar, con la entrada en vigor del RD-Ley 6/2019 la prestación por maternidad y paternidad se aúnan quedando ambas garantizadas en igualdad de condiciones, sin obstáculos que justifiquen una mayor implicación de las madres en los primeros cuidados de los/las menores. Este hecho supone un gran avance, puesto que no solo se terminan de igualar las semanas de descanso correspondientes a cada progenitor sino que, además se blindan los esfuerzos de la LOI por conseguir desvincular el permiso de paternidad del de maternidad.

En segundo lugar, de la actual redacción legislativa se entiende un esfuerzo por amparar tanto la recuperación física de la madre y los primeros cuidados del recién nacido referentes a la maternidad biológica, como la efectiva integración de los menores en acogimiento familiar (simple o permanente), guarda con fines de adopción y adopción, demostrando su compromiso por adaptarse a las nuevas realidades familiares. No obstante, paradójicamente, la nombrada ley interpone una gran traba para la consecución de este fin otorgando el periodo de carencia más amplio para los trabajadores mayores de 26 años, olvidando que, es en esta franja de edad donde se dan un mayor número de acogimientos, guardas y adopciones.

Y, en tercer lugar, la flexibilización de los periodos de carencia en función de la edad de la persona solicitante posibilita ampliar el acceso a la protección social de la maternidad a los trabajadores más

efectiva de mujeres y hombres», *Trabajo, género e igualdad, un estudio jurídico-laboral diez años de la aprobación L03/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Aranzadi, Pamplona, 2018, pp. 99-137.

AVANCES LEGISLATIVOS HACIA LA CORRESPONSABILIDAD

jóvenes, quizá con el objetivo de frenar el descenso de la tasa de natalidad. Del mismo modo, la LOI amplía las fronteras de la acción protectora de la Seguridad Social, a fin de garantizar un subsidio especial por maternidad de carácter no contributivo diseñado para aquellas madres que, aun estando afiliadas o en situación de alta, no cumpla con algunos requisitos exigidos para el disfrute del subsidio.

Por último y a modo de conclusión final, me gustaría añadir algunas cuestiones que a mi parecer son de vital importancia. 1) Al igualarse las semanas de descanso para ambos progenitores y al ser estas de obligado cumplimiento para ambos, ya no cabe ninguna duda que la intención del legislador es contribuir a romper con la predisposición social por atribuir la carga mayoritaria de los cuidados a la madre. 2) El hecho de que se siga manteniendo los distintos periodos de carencia sin tener en cuenta una regla específica para las personas empleadas a tiempo parcial, continúa frenando a mi parecer la consecución de la igualdad entre mujeres y hombres, ya que como hemos mencionado, son las trabajadoras las que mayoritariamente suelen optar por este tipo de jornada. 3) Además, me preocupa que se mantenga el silencio legislativo acerca del aborto espontáneo y la maternidad subrogada como supuestos igualmente protegidos por la contingencia por maternidad.

LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Y LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA* . Un nuevo paradigma para los juristas, en especial los jueces

NEW TECHNOLOGIES AND THE ADMINISTRATION OF JUSTICE. A new paradigm for jurists, especially judges

Ángela García Jiménez

Investigadora

Universidad de Málaga

angelagarciajimenez10@uma.es ORCID [0000-0001-8668-9280](https://orcid.org/0000-0001-8668-9280)

Recepción de trabajo: 02-04-2021 - Aceptación: 03-04-2021

■ 1. INTRODUCCIÓN. ■ 2. TECNOLOGÍAS DE LA INDUSTRIA 4.0. ■ 3. EL “EFECTO SUSTITUCIÓN” ENTRE LOS JURISTAS. ESPECIAL REFERENCIA A LA SUSTITUCIÓN DE LOS JUECES. ■ 4. CONCLUSIONES.

* El presente trabajo se enmarca en una ayuda del I Plan propio de Investigación, Transferencia y Divulgación Científica de la Universidad de Málaga.

RESUMEN

La Industria 4.0 ha introducido un cambio trascendental en todos los ámbitos de nuestra vida, a unas velocidades cada vez más extremas. En especial, el mundo laboral ha sido objeto de una profunda transformación, con la posible sustitución de los trabajadores y la implementación de las nuevas tecnologías. El objetivo es analizar cómo se reflejan estos efectos en relación con los trabajos del mundo jurídico y en qué medida vienen a afectar a los juristas. En concreto, centraremos el estudio en la posibilidad de sustituir a los jueces y magistrados por máquinas, para comprobar si es viable encontrarnos en un futuro con una total deshumanización de la Administración de Justicia.

PALABRAS CLAVE: Industria 4.0, sustitución, juristas, robotización, jueces, algoritmos.

ABSTRACT

Industry 4.0 has introduced a momentous change in all areas of our lives. In particular, the world of work has undergone a profound transformation, with the posible replacement of workers and the implementation of new technologies. The purpose is to analyze how these effects are reflected in the legal work and how it affects jurists. Specifically, we will focus on the possibility of replacing judges and magistrates with machines, to determine if it is feasible to find ourselves in the future with a total deshumanization of de Administration of Justice.

KEYWORDS: Industry 4.0, replacement, jurists, robotization, judges, algorithms.

1. INTRODUCCIÓN

El nuevo paradigma tecnológico en el que nos encontramos inmersos desde hace años ha supuesto un cambio radical en la forma en que vivimos, afectando a todas las esferas de la vida humana. La materialización de esta transformación digital y tecnológica se produce en el fenómeno conocido como la Cuarta Revolución Industrial, cuya terminología ha ido afianzándose a lo largo de los años, originalmente introducida por el Fundador y Presidente Ejecutivo del Foro Económico Mundial —FEM en adelante—, Klaus Schwab¹. Especialmente esclarecedora es en este sentido la definición otorgada por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo, entendiendo por Cuarta Revolución Industrial aquella “que se basa en la disponibilidad en tiempo real de toda la información relevante al producto, proporcionada por una red accesible en toda la cadena de valor. Esto se logra a través de la digitalización y la unión de todas las unidades productivas de una economía. Para ello, es necesaria la fusión de tecnologías tales como Internet de las cosas (IoT²), computación y cloud, big data y ciberseguridad, así como las complementarias: móvil, analytics, M2M, impresión 3D, robótica y comunidad/compartición”³.

A partir de dicho concepto, han surgido otros que pretenden englobar el mismo fenómeno, como es el de Industria 4.0⁴. Este nuevo modelo de producción industrial destaca, entre otros aspectos, por el uso de las KETs⁵, traducidas como “tecnologías facilitadoras”, proporcionando elementos tecnológicos que permiten el desarrollo de nuevos productos, procesos y servicios. Las nuevas tecnologías empleadas en esta Industria 4.0 son muy variadas, lo que nos hace destacar especialmente como tecnologías facilitadoras las siguiente: Internet de las Cosas, análisis de datos y *big data*, inteligencia artificial, computación cognitiva, sistemas ciberfísicos, robotización, realidad virtual, drones, *machine learning*, *blockchain*⁶ o ciberseguridad, entre otros⁷.

1 Destaca así su obra *La cuarta revolución industrial*. Debate. 2016

2 Abreviatura de *Internet of Things* en inglés. IdC en español.

3 Ministerio de Industria, Energía y Turismo, “Industria conectada 4.0: La transformación digital de la industria española”, *Ministerio de Industria, Energía y Turismo*, Madrid, 2015, pág. 114.

4 Martínez Aguiló, J. *Industria 4.0: La transformación digital en la Industria*. Editorial UOC. 2019. Obtenido de <https://elibro--net.uma.debiblio.com/es/lc/uma/titulos/113336>

5 *Key Enabling Technologies, KETs*, por sus siglas en inglés.

6 El FEM señala que el *blockchain* permite conseguir una mayor confianza y transparencia a través de la descentralización, criptografía y la creación de nuevos incentivos. Es más conocido como soporte digital de Bitcoin, convirtiéndose en una tecnología esencial en muchas áreas, entre las que destaca el sector financiero en el que se utiliza como medio para reemplazar sistemas de pago costosos e ineficientes, pudiendo a su vez remodelar cadenas de suministro mediante la combinación de Internet de las Cosas y la Inteligencia Artificial. Recuperado de: <https://intelligence.weforum.org/topics/a1Gb00000038qmPEAQ?tab=publications>

7 Para MARTÍN ROBLES, J., estas tecnologías son: biotecnología, nanotecnología, Inteligencia Artificial, robótica, impresión 3D, nuevos materiales, realidad virtual y big data.

Martín Robles, J., *Futurizable*, Ediciones Puertollano, 2017.

2. TECNOLOGÍAS DE LA INDUSTRIA 4.0

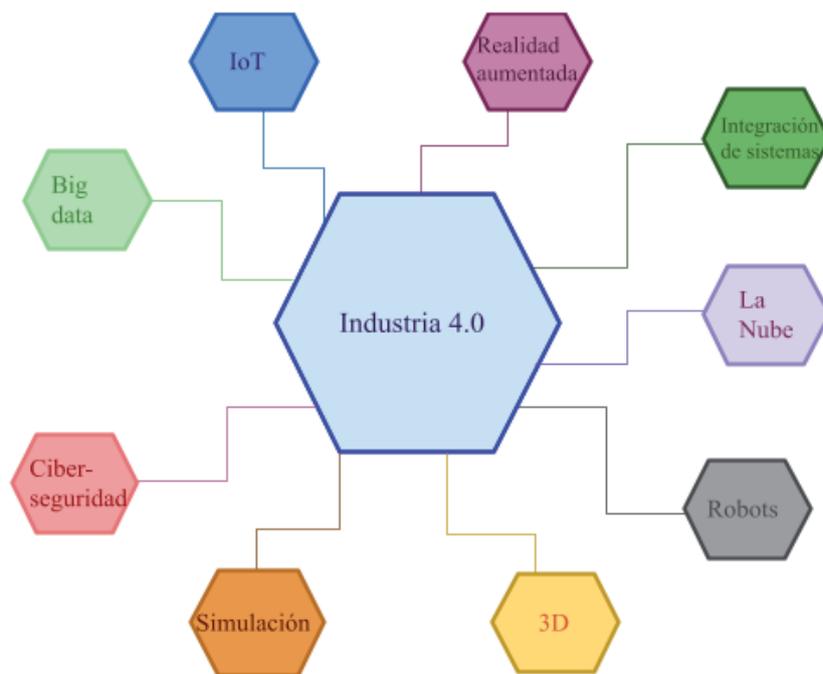


Fig.1. Fuente: Martín Robles, J. *Futurizable*. Ediciones Puertollano, 2017. Véase también: Masala, A. "What Will the Fourth Industrial Revolution Require?", IREF Europa, disponible en: <https://en.irefeurope.org/Publications/Online-Articles/article/What-Will-The-Fourth-Industrial-Revolution-Require>

Ciertos autores⁸ han destacado especialmente dos figuras fundamentales que configuran esta revolución tecnológica: la digitalización y la robotización, de manera que se caracteriza por la tecnología suplementaria al trabajo humano de forma automatizada, como así ha sido establecido por el FEM⁹ en su insistencia sobre la profunda transformación social que ha supuesto la implantación de esta tecnología.

De esta manera, la Cuarta Revolución Industrial se ha convertido en un elemento clave de todos los ámbitos del ser humano, sin que podamos excluir ni mucho menos el ámbito profesional y laboral. Sin perjuicio de los efectos intrínsecos que produce esta nueva tecnología en el desarrollo de las

8 Entre ellos, Gómez Salado, M.Á., *La cuarta revolución industrial y su impacto sobre la productividad, el empleo y las relaciones jurídico-laborales: Desafíos tecnológicos del siglo XXI*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pág. 44 y ss. Véase también Lahera Sánchez, A., "Digitalización, robotización, trabajo y vida: cartografías, debates y prácticas", *Cuaderno de Relaciones Laborales*, vol. 37, nº2, 2019, pp.249-273.

9 Foro Económico Mundial, "Fourth Industrial Revolution", disponible en: <https://intelligence.weforum.org/topics/a1Gb0000001RihBEAW?tab=publications>

personas y en el quehacer cotidiano, debemos centrar nuestros esfuerzos en analizar el tremendo impacto que la Industria 4.0 produce en los empleos, las empresas y la forma en la que hasta ahora venía desarrollándose el trabajo no solo a nivel nacional, sino a escala global incentivado por la globalización y las economías plurinacionales e interconectadas.

Las nuevas tecnologías suponen un complemento al trabajo humano en muchas ocasiones, lo que implica no poner en riesgo ningún puesto de trabajo a pesar de su uso, pero también es cierto que gracias a los avances actuales, muchas máquinas son capaces de realizar tareas para las que no solo se necesitaba un único trabajador, sino varios, dando lugar a un proceso de robotización y sustitución de la mano de obra que permite conseguir el mismo resultado en menor tiempo. Así, el proceso de robotización ha comenzado ya para muchos empleos, si bien se espera que en las próximas décadas alcance su máxima expresión. Como consecuencia, existe una creciente preocupación por el conocido como “efecto sustitución”, es decir, la desaparición de numerosos puestos de trabajo de forma masiva como consecuencia del uso de las nuevas tecnologías, especialmente la robótica.

Este efecto sustitución viene especialmente conectado con aquellos empleos que realizan tareas rutinarias y repetitivas —lo que facilita en mayor medida la automatización de las mismas y su realización por máquinas capaces de ser programas para realizar esos movimientos de manera continuada y sin la necesidad de descansar— de manera que los trabajadores con una cualificación más baja sufren mayores riesgos de ser sustituidos por robots, como lo indican estudios elaborados por el Consejo Económico y Social —CES por sus siglas— que insisten en una recualificación y formación adicional en su Informe 3/2018, “*El futuro del Trabajo*”. No obstante, en la actualidad podemos afirmar una afección de aquellos trabajos más cualificados, que pueden venir siendo sustituidos por el uso de algoritmos.

3. EL “EFECTO SUSTITUCIÓN” ENTRE LOS JURISTAS. ESPECIAL REFERENCIA A LA SUSTITUCIÓN DE LOS JUECES

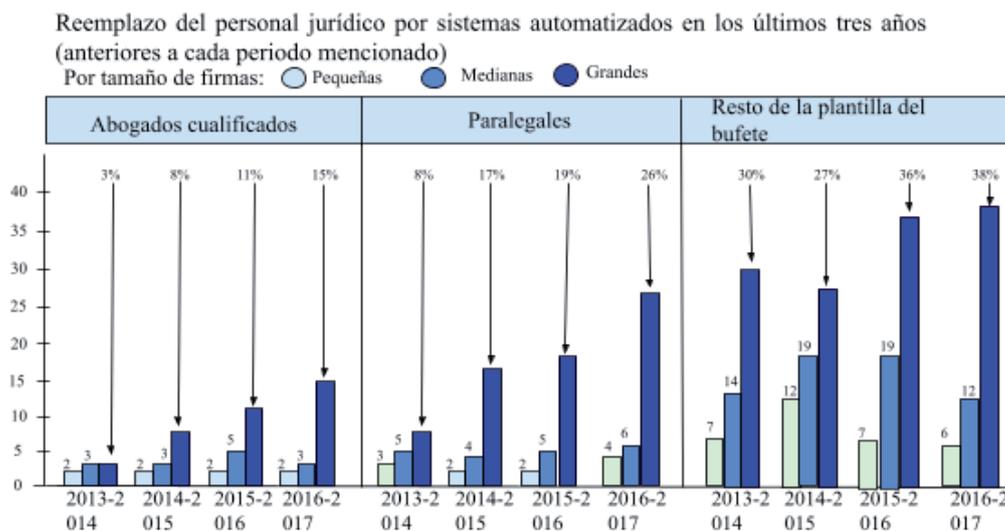
Resulta objeto de intenso debate la posibilidad de utilizar los robots incluso en ciertos ámbitos en los que consideramos el trabajo humano imprescindible y esencial, principalmente en aquellos en los que no existe una solución a la que puedan llegar estas máquinas a través de los datos registrados, lo que supone que, a pesar de tratarse de una tecnología cada vez más avanzada y compleja, la toma de decisiones a la que es capaz no abarcaría ciertos aspectos.

Este planteamiento se ha plasmado en relación al ámbito de la Justicia, afectando cada vez más a los juristas que se ven sustituidos por sistemas de previsibilidad y justicia predictiva¹⁰, especialmente

¹⁰ Oliva Santos, A., “Giustizia predittiva, interpretazione matematica delle norme, sentenze robotiche e la vecchia storia del “Justizklavier””, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, nº 3, 2019, pp. 883 y ss.

los jueces, como así han señalado ciertos autores. Nos encontramos cada día con más titulares que rezan de esta forma: “*Los bufetes admiten que los robots ya suplen algunos abogados*”¹¹ como señalaba El País hace ya dos años, en un artículo donde se centran en analizar el reemplazo del personal jurídico en las principales firmas inglesas, desde los abogados cualificados a los conocidos como “paralegales”, cuya función es asesorar a otros letrados.

El informe sobre *Legaltech* —que analiza el uso de la tecnología en este ámbito— de “The Law Society” indica que se está quintuplicando el uso de esta nueva tecnología en los bufetes, siendo especialmente relevante la automatización. Son destacables a su vez las ventajas que implica esta modernización de las firmas, en la medida en que los abogados pueden optimizar su trabajo, como indica Javier de Cendra, decano del IE Law School en su declaración para Cinco Días, quien considera que “*la automatización de parte de los servicios jurídicos liberalizará entre el 30 y el 60% del tiempo de los abogados dedicados a tareas de poco valor*”¹².



Fuente: Introduction to LawTech. A practical guide to legal technologie 2019. The Law Society

Sin perjuicio de la profunda transformación transversal que se produce en el mundo jurídico, en este trabajo nos centraremos especialmente en el fuerte impacto que esta nueva era tecnológica está suponiendo para la realización de la actividad jurídica propia de los jueces y magistrados, con la implantación de sistemas de Inteligencia Artificial en los juzgados en sustitución de aquellos pro-

En España, en materia de justicia preventiva contamos con “Jurimetría”, una plataforma elaborada por Wolters Kluwer. A través de la misma, es posible poder consultar desde las posibilidades de éxito en un caso hasta cómo se debe argumentar cierta pretensión.

11 Del Águila Barbero, P., “Los bufetes admiten que los robots ya suplen algunos abogados”, *Cinco Días, El País*, 8 de diciembre de 2019. Recuperado de: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2019/12/03/legal/1575388049_051347.html

12 *Ibidem*

fesionales del Derecho sobre los que hasta el momento depositábamos la confianza de una buena Administración de Justicia.

De esta forma, ello puede conllevar la posibilidad de resolver un juicio mediante algoritmos¹³. La resolución de pequeñas reclamaciones por robots mediante el uso de la Inteligencia Artificial —en adelante IA— es ya una realidad palpable en algunos países del mundo, como Estonia, China o Estados Unidos¹⁴. A través de la IA, una máquina, normalmente un ordenador es capaz de realizar tareas para las que un ser humano necesitaría un proceso de razonamiento, mediante el tratamiento de datos introducidos en el sistema.

Como hemos mencionado, es obvio que la decisión a la que pueda llegar una máquina en casos como el que aquí analizamos puede dar lugar a la comisión de errores, lo que obviamente también ocurre en el caso de las decisiones humanas. No obstante, los errores en que puede incurrir uno y otro no son contemplados de la misma forma, planteándose así la injusticia de las decisiones que pueda tomar una máquina, por la falta de ese elemento humano al que nos referíamos, donde esa subjetivación resulta clave en muchas ocasiones, puesto que no todos los procesos son iguales, ni todas las circunstancias a tener en cuenta, por lo que carecen de discernimiento.

De esta manera, el *“machine learning”* como capacidad de una máquina de aprender y mejorar su capacidad mediante su experiencia, nunca podría equipararse a la capacidad de un experto jurídico para poder enjuiciar y valorar todos los extremos de un caso. A su vez, muchos han puesto en evidencia un riesgo esencial del funcionamiento de estos algoritmos, como es el tipo de datos que se introducen por el programador en estos sistemas. El tratamiento de ciertos datos puede poner de manifiesto los propios sesgos discriminatorios cuya tendencia se ha seguido por aquellos responsables de hacer funcionar estas máquinas. En consecuencia, los resultados a los que se puede llegar a través de estos algoritmos pueden llegar a encauzarse hacia posturas injustas, partiendo del carácter de la información que poseen para solucionar los casos que se plantean.

No obstante, ello no supone no poder afirmar las ventajas que supondría esta automatización dentro de los procesos, principalmente para garantizar la uniformidad de las decisiones, la agilización de una justicia excesivamente lenta como la que vivimos y la facilidad para controlar las decisiones.

Los motivos que llevan a considerar una ventaja esta administración de justicia son: por un lado, la eficiencia a la que nos referíamos en el párrafo anterior, con la descongestión de nuestro sistema de justicia; por otro lado, permite garantizar mayor seguridad jurídica. La cuestión está en determinar si ese algoritmo puede abarcar la posibilidad de interpretar las normas, de manera que la calidad de la tarea robótica fuese la misma que la humana, respetando en todo caso la tutela judicial efec-

¹³ Entendiéndose el mismo como *“la capacidad de una máquina —propriadamente un ordenador o un robot— de correlacionar grandes cantidades de información y de datos, según una fórmula determinada para finalmente dar el resultado previsto y requerido”*.

Battelli, E., *“La decisión robótica: algoritmos, interpretación y justicia predictiva”*, *Revista de Derecho Privado*, n.º 40, enero-junio 2020, pp. 45-86.

¹⁴ Salom Lucas, A., *“Su sentencia, gracias”*, *El Derecho*, 2020, disponible en: <https://elderecho.com/su-sentencia-gracias>

tiva. Como indicamos, la ley no siempre debe y puede seguirse en su tenor literal, en la medida en que no existe una única solución aceptable, por lo que la interpretación constituye uno de los límites fundamentales a los que hasta el momento la tecnología robótica no ha sido capaz de enfrentarse, lo que retrasa en cierta medida la posible sustitución masiva de los jueces.

Respecto a la posible sustitución de los jueces, muchos han rechazado esta posibilidad, defendiendo la idea de la complementariedad a la que nos referimos con anterioridad, lo que implica que debe usarse como instrumento, pero sin eliminar la figura del magistrado. Esto se demuestra en la creciente digitalización de la justicia que hemos vivido en los últimos años¹⁵, aunque hasta el momento la robótica no ha tenido un papel preponderante en la administración de justicia.

Por ello, el uso de estos sistemas constituye más que una amenaza una ayuda, especialmente relevante a la hora de consultar bases de datos, filtrar la información y clasificarla, de manera que el juez pueda emplear esta tecnología como herramienta en el ejercicio de sus funciones. De esta forma, *"el sistema experto es a la vez un bastón de seguridad para el caminante intelectual del Derecho y una exigencia a caminar cada vez más y más atrevidamente, un apoyo del razonamiento del juez y un desafío a su capacidad intelectual"*¹⁶.

El beneficio innegable de esta justicia robótica lo encontramos en la obtención de una respuesta exacta y objetiva¹⁷, de manera que la solución a cada caso sería homogénea en la medida en que los hechos fueran los mismos, lo que permite asegurar una solución al asunto antes incluso de que el mismo finalice. No obstante, la decisión adoptada por un robot solo puede adoptarse atendiendo a los datos introducidos en el mismo, mientras que el juez tiene en cuenta todas aquellos elementos fácticos que se le hayan representado, dependiendo la solución en ambos casos de la exactitud de los hechos que los terceros proporcionen a uno o a otro¹⁸.

4. CONCLUSIONES

En definitiva, la solución de un juez humano no está exenta de errores, pero tampoco lo está aquella a la que podría llegar un juez robot, por lo que la sustitución no se concibe, al menos a corto plazo,

¹⁵ Así lo demuestra el informe de la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia (CEPEJ), siendo uno de los más avanzados de Europa, con instrumentos de telecomunicación como LexNet.

Ministerio de Justicia, "España a la vanguardia en el proceso de digitalización de la Justicia Europea", *LexNet Justicia*, 2020. Disponible en: <https://lexnetjusticia.gob.es/blog/-/blogs/espana-a-la-vanguardia-en-el-proceso-de-digitalizacion-de-la-justicia-en-europa>

¹⁶ Trazegnies, de F., "¿Seguirán existiendo jueces en el futuro? El razonamiento judicial y la inteligencia artificial. *Revista Ius et Veritas*, nº 47, diciembre 2013, página 128.

¹⁷ Véase Luciani, M., "La decisione giudiziaria robotica", *Riv. Associaz. Italiana Costituzionalisti*, nº 3, 2018. Pág. 880.

¹⁸ *Ibidem*

como una solución admisible, en especial por la carencia de cualidades humanas irrenunciables en la interpretación y aplicación de las normas. De esta forma, si bien es cierto que no podemos negar la utilidad que los sistemas de IA pueden suponer para la función jurisdiccional, resulta todavía inaceptable la absoluta sustitución del juzgador, cuya capacidad humana y conocimientos jurídicos constituyen un elemento imprescindible en la tarea de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.



RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

RESEÑAS
BIBLIOGRÁFICAS

REJLSS

Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social
abril 2021 - núm 2 ISSN-e 2660-437X

RESEÑA DE “LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL EMPLEO PÚBLICO: SISTEMAS JURÍDICOS ITALIANO Y ESPAÑOL: CUESTIONES ACTUALES Y PUNTOS CRÍTICOS”

(MONEREO PÉREZ, J.L., GONZÁLEZ DE PATTO, R.M., SPINELLI, C. Y VIDA FERNÁNDEZ, R., COMARES, GRANADA, 2021)

Miguel Ángel Gómez Salado

Profesor Contratado Doctor (Acreditado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga

magsalado@uma.es [ORCID 0000-0002-6003-7206](https://orcid.org/0000-0002-6003-7206)

Recepción de trabajo: 30-03-2021 - Aceptación: 30-03-2021

En el pasado mes de febrero de 2021 ha visto la luz una nueva e interesante obra colectiva que lleva por título «*Los derechos fundamentales en el empleo público: sistemas jurídicos italiano y español: cuestiones actuales y puntos críticos*» y que ha sido publicada dentro de la Colección «Trabajo y Seguridad Social» de la prestigiosa editorial Comares (Granada). La misma se integra dentro de las diferentes actividades del Grupo de Investigación PAIDI SEJ-184 sobre «Derecho del Trabajo. Relaciones Laborales y Seguridad Social».

Esta monografía, dirigida por los profesores *José Luis Monereo Pérez, Rosa María González de Patto, Carla Spinelli y Raquel Vida Fernández*, ha sido elaborada con el fin de aportar un análisis actual, sistemático y comparado sobre los derechos fundamentales, sus garantías y ejercicio, en el marco concreto del empleo público de España e Italia. En ella participan numerosos docentes e investigadores de varias Universidades Italianas y españolas, como *Ombretta Dessi, Rosa Di Meo, Gemma Pacella, Gabriella Nicosia, Paola Saracini, Gabriella Leone, Carla Spinelli, Marco Barbieri, Vincenzo Bavaro, Donato Marino, Monica McBritton, Angelica Riccardi, José Luis Monereo Pérez, Rosa María González de Patto, Pompeyo Gabriel Ortega Lozano, Olimpia Molina Hermosilla, Raquel Vida Fernández, Francisco Vila Tierno, Gloria María Montes Adalid y Belén del Mar López Insua*.

Se puede comprobar en el índice general que esta obra se estructura en dos partes muy bien diferenciadas pero a la vez paralelas e interconectadas en su contenido. La primera se centra precisamente en el análisis del reflejo de los Derechos Fundamentales en la regulación y realidad y operatividad práctica del empleo público italiano actual, mientras que la segunda se centra en el del empleo público español.

“LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL EMPLEO PÚBLICO: SISTEMAS JURÍDICOS ITALIANO Y ESPAÑOL: CUESTIONES ACTUALES Y PUNTOS CRÍTICOS”

En particular, como se puede apreciar en el prólogo, se abordan aspectos muy relevantes como el derecho a la dignidad en trabajo; el derecho a la información y consulta de los empleados públicos; el derecho a la intimidad y a la protección de datos personales de los empleados públicos en la era digital; los, ya clásicos, derecho de libertad sindical (que integra en su contenido esencial, entre otros, el derecho a la negociación colectiva), huelga, y reunión en el empleo público; el derecho a la vida e integridad de la persona en su materialización en el derecho a la seguridad y salud en el trabajo en la Administración Pública; la libertad de opinión y la libertad religiosa; el derecho de igualdad y no discriminación por razón de género; el derecho a la tutela judicial efectiva (el acceso a la justicia); y el derecho de indemnidad de los empleados públicos.

En definitiva, nos encontramos ante una obra de referencia que desarrolla, de una manera «*determinada y actual, información y análisis en términos de metodología y Derecho comparado, que aúna el análisis legal y jurisprudencial, y la realidad práctica de cada uno de los derechos tratados y de la configuración de la regulación del empleo público de dos países hermanos en antecedentes y doctrina jurídica, pero a la vez con personalidad e historia diferenciada, como son España e Italia*» (prólogo).

Por todo lo expuesto en las líneas anteriores, quiero felicitar a los distintos autores y, del mismo modo, recomendar encarecidamente una lectura profunda de esta obra altamente novedosa y de gran utilidad para el aprendizaje mutuo en términos de articulación de las políticas del Derecho y de garantía efectiva de los derechos fundamentales de los empleados públicos.

RESEÑA DE “LA TUTELA TRANSVERSAL DEL DERECHO A LA SALUD EN EL TRABAJO”

(LÓPEZ AHUMADA, J.E., EDICIONES CINCA, MADRID, 2020)

María Angustias Benito Benítez

Profesora sustituta interina

Universidad de Cádiz

angustias.benito@uca.es ORCID 0000-0001-8279-0840

Recepción de trabajo: 04-11-2020 - Aceptación: 19-11-2020

La obra del Prof. Dr. Eduardo López de Ahumada, *La tutela transversal del derecho a la salud en el trabajo* aborda, con el máximo rigor científico, la protección del derecho a la salud en el trabajo, siendo el enfoque transversal adoptado por el autor lo que le permite ofrecer una obra cuya sistematicidad y contenido la hace de ineludible referencia para todo estudio que se desarrolle sobre la materia, con independencia de cuál sea el sector que lo emprenda y la finalidad del mismo.

El libro se divide en cinco capítulos por los que se canaliza un análisis pormenorizado, dogmático y de utilidad práctica, de la tutela del derecho a la salud en el trabajo. La complejidad que implica abordar la temática propuesta con una metodología transversal, requiere una precisión en la selección de los problemas más relevantes que ofrece la materia, reto que el profesor López de Ahumada logra con una aparente facilidad, fruto de la sólida y profunda experiencia que dispone sobre el objeto de estudio. Pese a tales dificultades, el autor alcanza su cometido de “proporcionar al lector un texto útil y asequible desde el punto de vista de su estudio y de la consulta técnica, sin eludir las tan importantes citas jurisprudenciales y, en su caso, doctrinales”, logrando “profundizar en el debate de cuestiones interpretativas con proyección práctica”.

El primer capítulo, denominado “Fundamentos del sistema de protección transversal del derecho a la salud en el trabajo”, ofrece un exhaustivo estudio del complejo marco normativo que regula el objeto de estudio, abordándose los aspectos más relevantes de la configuración legal de los derechos y deberes que conforman el contenido esencial del derecho a la seguridad y la salud en el trabajo. De esta forma, situando al derecho a la salud en el trabajo como germen del modelo de protección, afirma que, si bien “ningún precepto de dicha disposición legal se refiere expresamente y de forma específica a un derecho a la prevención de riesgos laborales, como tampoco lo hace la propia legislación general”, concurre el reconocimiento del derecho de los trabajadores en el ámbito laboral a la protección “gracias a la articulación de una serie de obligaciones, que están orientada a la garantía de dicho derecho y cuya inobservancia dará lugar a la consiguiente respuesta en virtud de los mecanismos de responsabilidad jurídica”. Afronta con

“LA TUTELA TRANSVERSAL DEL DERECHO A LA SALUD EN EL TRABAJO”

ello la formulación de la noción del derecho a la prevención de riesgos laborales como interés legal de los trabajadores sosteniendo que, “existen evidentes manifestaciones que permiten corroborar la presencia de un derecho subjetivo al desarrollo de la prevención de riesgos en el ámbito laboral, que convive ciertamente con el derecho objetivo a la prevención de los riesgos en el trabajo, como legislación especial dentro del ámbito del ordenamiento jurídico laboral”. Se adentra entonces el autor en la concurrencia de fuentes ordenadoras de la prevención de riesgos laborales subrayando, en primer lugar, la importancia del Derecho Social Europeo en la formulación de la legislación española del derecho a la salud laboral; para señalar, posteriormente y como cuestión pendiente, la coordinación de los diversos bloques normativos, a fin de facilitar que “entre la prevención y la reparación existan vías de comunicación y que no se produzca una regulación autónoma y aislada en forma de comportamientos estancos”, poniendo especial énfasis en lo determinante que resulta el impulso en esta materia de la negociación colectiva, y apostando por fórmulas de coordinación entre esta y la legislación, y por una negociación colectiva que brinde “nuevas cotas de protección, canalizando medidas tuitivas que descarten en el futuro los márgenes de responsabilidad jurídica empresarial”, como fórmula para afrontar la debilitación que está sufriendo.

Tras analizar los deberes empresariales como garantía del sistema y como vía de defensa de la salud en el trabajo -deber general y deberes específicos de protección efectiva-, el estudio se detiene en los instrumentos de control de las obligaciones preventivas de las empresas, como medida adicional de tutela jurídica del derecho a la salud laboral: de un lado, el sistema de control interno de la prevención de riesgos laborales; y, de otro, el sistema de control externo al ámbito empresarial de la prevención de riesgos laborales.

Finalmente, el capítulo discurre por la relevancia creciente que ha adquirido la protección del accidente de trabajo desde una perspectiva preventiva, sosteniendo la existencia de forma indirecta de un Derecho de daños vinculado al accidente de trabajo, lo que conlleva una conexión normativa existente entre la LPRL y la LGSS, si bien, reconociendo, que ello implica una labor extraordinaria del intérprete jurídico. Se enfatiza en este tratamiento la interdisciplinariedad del estudio, pues todo lo anterior “da lugar a una protección transversal y extensiva del derecho a la salud en el trabajo”. Cierra el estudio dedicando una especial atención, con el mismo enfoque transversal, a la respuesta específica que la legislación prevé a las consecuencias del daño laboral, la cual, articulada en diversos planos, “muestra deficiencias desde el punto de vista de su coordinación”.

En su capítulo segundo, denominado “La tutela de la salud laboral desde la perspectiva de la responsabilidad jurídica del empresario”, el profesor López de Ahumada afronta las consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento de las obligaciones empresariales previstas legalmente, desde la óptica de que las mismas constituyen el fundamento de la respuesta tuitiva respecto del resultado lesivo y de la cobertura concreta de los daños sufridos en el trabajo, que, como bien indica, “se trata de un tema complejo y técnico, pero clave para comprender el sistema de protección transversal del derecho a la salud en el trabajo”.

A partir de estas premisas el autor analiza la finalidad preventiva que posee el sistema de responsabilidad empresarial siendo el objetivo esencial el de desincentivar el resultado lesivo. Por lo

“LA TUTELA TRANSVERSAL DEL DERECHO A LA SALUD EN EL TRABAJO”

anterior, adopta como resorte la defensa de que tal régimen de responsabilidad empresarial debería estar orientado no tanto a sancionar o reparar el incumplimiento, sino esencialmente tendría que configurarse como un sistema que permita disuadir dichos incumplimientos y, en consecuencia, fomentar el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales: “debe prevalecer la finalidad propedéutica y ejemplificante, a efectos de conseguir un efecto preventivo”.

El capítulo discurre en las cuestiones más importantes derivadas del régimen de responsabilidad más conflictivo, que afecta al ámbito de organización y gestión de los riesgos profesionales por parte de la empresa. De esta forma, destaca el autor, entre otras cuestiones, el problema de coordinación jurídica que existe entre los tres instrumentos básicos que canalizan la responsabilidad de la empresa: las prestaciones de la Seguridad Social en virtud de la técnica del aseguramiento, el recargo de esas prestaciones y, la posible indemnización adicional.

El capítulo segundo finaliza con el tratamiento de dos temas sumamente relevantes los cuales son tratados con una exquisita rigurosidad. Por un lado, el factor de la culpabilidad y sus efectos desde la perspectiva de la responsabilidad jurídica del empresario, de la que destacamos su afirmación sobre que “la tendencia normativa a intentar objetivizar la responsabilidad no supone desdibujar la necesaria concurrencia de la culpabilidad ligada a la infracción de los deberes preventivos y, en su caso, a la producción del daño”. Por otro lado, el tratamiento de la aplicación de las obligaciones preventivas del empresario en situaciones especialmente conflictivas, deteniéndose en las siguientes: la adaptación del trabajo a la persona; la inobservancia del deber de analizar el estado de salud de los trabajadores; los supuestos de paralización de actividades laborales; y, especialmente interesante resulta, la protección de la salud laboral en supuestos de descentralización productiva.

El capítulo tercero se centra en los diversos instrumentos que la legislación laboral y de Seguridad Social dedica a la protección del derecho a la salud en el trabajo, bajo el título de “La protección derivada del contrato de trabajo y de la acción protectora de la seguridad social”, y en el que podemos diferenciar dos bloques.

En primer lugar, la protección del trabajador ante la falta de medidas preventivas y de protección por la empresa como incumplimiento grave de sus obligaciones mediante el recurso del trabajador a la resolución indemnizada de su contrato. De su estudio destacamos su incidencia en cuestiones procesales, tales como, la flexibilización que tiene lugar en relación con las exigencias probatorias que llevaría, en muchos casos, a la aplicación de la inversión de la carga de la prueba dado que los medios probatorios se encuentran generalmente en posesión del empresario; y, el reconocimiento de un efecto adicional de la doctrina de la garantía de indemnidad elaborada por el TC cuando, en aquellos casos en los que se desestime la pretensión del trabajador de extinción del contrato de trabajo, la empresa queda obligada a readmitir al trabajador y a reincorporarlo en sus condiciones originarias de forma inmediata. En este bloque también se incluye un especial análisis a la indemnización civil complementaria por daños y perjuicios derivada de la resolución del contrato, haciendo alusión a los criterios jurisprudenciales que la reconoce cuando a la solicitud de extinción causal del contrato de trabajo se alega una violación de derechos fundamentales (si bien, advierte que “este criterio jurisdiccional no es pacífico y depende, como decimos, del supuesto de hecho concreto”),

“LA TUTELA TRANSVERSAL DEL DERECHO A LA SALUD EN EL TRABAJO”

de este modo se lograría compensar todos los daños causados: “la indemnización del art. 50 del ET solamente tiene por finalidad la compensación por la pérdida de trabajo por incumplimiento contractual del empresario, en cuyo caso, no se compensarán otros daños, por ejemplo, morales cuando el trabajador ha sido trasladado a otro puesto de trabajo incidiendo negativamente en su dignidad personal. Esos daños morales no se compensan ciertamente con la indemnización tasada legalmente, que no repara íntegra y efectivamente todo el perjuicio causado”.

En segundo lugar, la protección de la Seguridad Social ante las situaciones de necesidad generadas por las contingencias profesionales acaecidas, reconociendo la función indirecta que asume en la prevención de los riesgos profesionales pues “las prestaciones sociales juegan un papel básico en la reparación de las situaciones de necesidad y protegen, por tanto, un riesgo, aunque no lo prevengan”, ello “hace que la prevención de riesgos profesionales no sea una cuestión ajena al sistema de protección social”. A la acción protectora de la seguridad social dedica seis de los nueve apartados que componen este capítulo: la responsabilidad objetiva respecto de las contingencias profesionales; las primas por riesgos profesionales; la responsabilidad directa del empresario en materia de Seguridad Social y los supuestos de exclusión de la cobertura social; el papel de las mutuas en materia preventiva y la preferencia de la responsabilidad empresarial; el adelanto de las prestaciones por parte de la Seguridad Social; y, el recargo de prestaciones por inobservancia de las medidas preventivas.

No podía carecer un estudio de tales características de un capítulo dedicado a la tutela administrativa derivada del incumplimiento de la legislación preventiva. Como sabemos la LISOS dispone de un apartado específico y autónomo dedicado a los incumplimientos en materia de seguridad y salud en el trabajo, produciéndose su activación ante la inobservancia de las obligaciones preventivas. Especial reseña merece su atención a los principios que rigen el Derecho administrativo sancionador, destacando el estudio realizado por la aportación de dogmática y criterios jurisprudenciales realizada. De este modo realiza un exhaustivo recorrido por los principios de legalidad y tipicidad (posteriormente también, en relación este último en cuanto a su reflejo en la construcción de las de las infracciones administrativas); los principios de irretroactividad, presunción de inocencia y proporcionalidad; el principio de culpabilidad que en el ámbito administrativo sancionador se encuentra matizado por la jurisprudencia en la medida que entiende “que el elemento volitivo ligado al resultado no es un elemento constitutivo o esencial de la infracción administrativa, sino simplemente un elemento que permite graduar la correspondiente sanción”; y el principio de *non bis in ídem*. El capítulo finaliza con el obligado análisis del sistema de determinación de las sanciones, con especial referencia a las situaciones agravantes de la responsabilidad.

La obra concluye con el capítulo quinto que es dedicado a las técnicas de coordinación de responsabilidades en materia de prevención de riesgos laborales, en el que se adentra con éxito en la compleja problemática que presenta la concurrencia en este ámbito de diversas responsabilidades jurídicas, si bien, como acertadamente afirma el profesor López de Ahumada, “su actuación conjunta es inevitable, en base a los criterios de compatibilidad entre las mismas”, tratándose de un “un sistema multidisciplinar de responsabilidad que viene a reforzar el deber de seguridad y salud, que fomenta asimismo su cumplimiento”, apuntando a una pertinente simplificación de tal sistema de

"LA TUTELA TRANSVERSAL DEL DERECHO A LA SALUD EN EL TRABAJO"

responsabilidades. Discurre el estudio, en primer lugar, por la coordinación de las responsabilidades administrativas y penales en el que trata: la quiebra el principio de compatibilidad de responsabilidades, subrayando que la excepcional reacción penal, limitada a los comportamientos más graves, implica "en muchos casos desde el punto de vista práctico que la responsabilidad penal no se aprecia como una respuesta suficientemente disuasoria"; los efectos de la apertura del proceso penal sobre el expediente administrativo sancionador; y los efectos de la sentencia penal respecto de la responsabilidad civil. Especial atención dedica, en segundo lugar, a la responsabilidad de la seguridad social, sistema tuitivo que descansa sobre criterios objetivos, en supuestos de concurrencia con otras responsabilidades -con la indemnización civil por daños y perjuicios desde la perspectiva del resarcimiento del daño y, de manera destacable, en relación al recargo de prestaciones, manifestándose en contra de su derogación pues con ello se "privaría de una vía arraigada en nuestro sistema preventivo, que se confiere al orden social, con independencia de la responsabilidad penal o administrativa y civil". El autor profundiza tras lo anterior, en los problemas aplicativos que genera en la práctica la responsabilidad civil compensatoria del daño laboral, presentado a la indemnización civil por daños y perjuicios como tercera vía de reparación. Finalmente, el capítulo dedica su último apartado a los aspectos procesales relativos a la concurrencia de responsabilidades, abordando aspectos claves como son: la competencia objetiva del orden social de la jurisdicción, y, de manera destacable resulta su tratamiento sobre los progresos hacia la concentración procesal de la responsabilidad civil en el ámbito de la competencia objetiva de la jurisdicción social, apostando decididamente, tras un exhaustivo estudio, por el conocimiento conjunto en un único proceso social de las acciones por culpa contractual y extracontractual.

La calidad de la obra nos lleva a reproducir las palabras utilizadas por Prof. Dr. Francisco Alemán Páez, que prologa con objetividad y máximo respeto el libro *La tutela transversal del derecho a la salud en el trabajo*, cuando subraya que "su contenido aúna unicidad, compromiso crítico, interdisciplinariedad y rigor académico", destacando que la labor realizada por el Prof. Dr. Eduardo López de Ahumada logra desenlazar "con sesuda habilidad, y tacto atarácico, la intrincada trabazón de los nudos preventivos, convirtiéndose con ello en una obra de lectura obligada de dicho subsector jurídico".

RESEÑA DE “LA CUARTA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL Y SU IMPACTO SOBRE LA PRODUCTIVIDAD, EL EMPLEO Y LAS RELACIONES JURÍDICO-LABORALES: DESAFÍOS TECNOLÓGICOS DEL SIGLO XXI”

(GÓMEZ SALADO, M.Á., THOMSON REUTERS ARANZADI, CIZUR MENOR, 2021)

Jesús Avellaneda Menchón*

Doctorando del Programa en Tecnologías Informáticas

Universidad de Málaga

jeaveme@uma.es ORCID 0000-0002-7839-6469

Recepción de trabajo: 30-03-2021 - Aceptación: 31-03-2021

Tengo el placer de reseñar, aunque sea brevemente, la monografía titulada “*La cuarta revolución industrial y su impacto sobre la productividad, el empleo y las relaciones jurídico-laborales: desafíos tecnológicos del siglo XXI*”, que ha sido publicada en el presente año 2021 dentro de la Colección “Estudios” de la prestigiosa editorial Thomson Reuters Aranzadi (Cizur Menor).

En esta nueva obra, su autor (Miguel Ángel Gómez Salado, PCD Acreditado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Málaga), como se deduce del propio título, pretende abordar un análisis detallado y, al mismo tiempo, actual de la cuarta revolución industrial y sus implicaciones más destacadas sobre la productividad, el empleo, las relaciones laborales y el Derecho del Trabajo. En este sentido, el objetivo perseguido por el autor, no se limita a llevar a cabo un estudio teórico sobre esta cuarta etapa industrial, sino a realizar un análisis objetivo que contribuya a medir, de forma cuantitativa y cualitativa, el empleo en un contexto de profundos y constantes cambios tecnológicos, teniendo en todo momento presente el concepto de trabajo decente como parámetro de referencia. Para ello, este autor dedica una gran atención a las referencias más recientes de los organismos que se ocupan frecuentemente de aquellos temas relacionados con el empleo, como son la Organización Internacional del Trabajo y el Consejo Económico y Social de España.

Por otro lado, conviene destacar que en esta obra tan novedosa es posible identificar la siguiente estructura general: Prólogo elaborado por el profesor Francisco Vila Tierno; Introducción; Título I. Delimitación de la cuarta revolución industrial: marco teórico; Capítulo 1. Pasado, presente y futuro de la cuarta revolución industrial; Capítulo 2. Una aproximación a los dos fenómenos más característicos de la nueva revolución

* Investigador colaborador del Proyecto de I+D+i titulado “Las nuevas tecnologías y su impacto en el ámbito laboral y de la Seguridad Social: el impacto socio económico de la economía digital” (Ref. UMA18-FEDERJA-028), financiado por la Junta de Andalucía.

“LA CUARTA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL Y SU IMPACTO SOBRE LA PRODUCTIVIDAD, EL EMPLEO Y LAS RELACIONES JURÍDICO-LABORALES: DESAFÍOS TECNOLÓGICOS DEL SIGLO XXI”

tecnológica: digitalización y robotización; Título II. Principales efectos e implicaciones de los avances tecnológicos asociados a la cuarta revolución industrial sobre la productividad, el empleo y las relaciones jurídico-laborales; Capítulo 1. Algunas precisiones iniciales sobre el futuro del empleo: una especial referencia a la Organización Internacional del Trabajo y al Consejo Económico y Social de España; Capítulo 2. Incidencia sobre la productividad: ¿un panorama repleto de incertidumbre?; Capítulo 3. Impacto en la cantidad del empleo: ¿debemos estar preparados para el desempleo tecnológico?; Capítulo 4. Algunos efectos en las relaciones laborales y el Derecho del Empleo: ¿un futuro con mejores oportunidades o mayores riesgos para los empleados?; Título final. Unas breves referencias a modo de conclusión; Bibliografía citada; Anexo sobre las principales tecnologías que están implicadas en el desarrollo de la cuarta revolución industrial.

Igualmente, interesa señalar que este trabajo se plantea en un contexto interdisciplinar y se concibe como uno de los frutos del trabajo de investigación desarrollado en el marco de los proyectos que seguidamente se relacionan: proyecto de I+D+i “Las nuevas tecnologías y su impacto en el ámbito laboral y de la Seguridad Social: el impacto socio económico de la economía digital” (ref. UMA18-FEDERJA-028), financiado por la Junta de Andalucía y la Unión Europea, y codirigido por los profesores *Juan Carlos Álvarez Cortés* y *Francisco Vila Tierno*; proyecto de I+D+i “Retos, reformas y financiación del sistema de pensiones: ¿sostenibilidad versus suficiencia?” (ref. RTI2018-094696-B-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, y codirigido por los profesores *Francisco Vila Tierno* y *Miguel Gutiérrez Bengoechea*; y proyecto de I+D+i “Los mayores en el contexto del empleo y la protección social. Un análisis de la realidad andaluza” (ref. P18-RT-2585), financiado por la Junta de Andalucía y la Unión Europea, y codirigido por los profesores *Francisco Vila Tierno* y *Miguel Gutiérrez Bengoechea*. Además, esta obra tan útil es uno de los frutos de la actividad investigadora que ha sido llevada a cabo por el Grupo de Investigación PAIDI SEJ-347 sobre “Políticas de empleo, igualdad e inclusión social”, financiado por la Junta de Andalucía y dirigido por el profesor *Francisco Vila Tierno*.

En definitiva, nos encontramos ante una obra de referencia en el estudio de los efectos de la revolución tecnológica sobre el empleo, no solo por el rigor y el detalle con el que se tratan las diferentes cuestiones, sino también por no limitarse a un planteamiento estrictamente teórico, entrando en un examen enriquecedor de varios aspectos concretos referidos a las transformaciones tecnológicas, para dejar al descubierto la complejidad del escenario futuro de las relaciones laborales.

RESEÑA DE “LOS TRABAJADORES MADUROS ANTE EL RETO DEL ENVEJECIMIENTO ACTIVO. Especial atención a la empleabilidad, la protección por desempleo y la jubilación”

(ORDOÑEZ CASADO M.I., LABORUM, MURCIA, 2019, 349 PÁGINAS)

Daiana Ana María Pițică

Becaria

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Málaga

daijanamaria@uma.es ORCID [0000-0001-7169-6285](https://orcid.org/0000-0001-7169-6285)

Recepción de trabajo: 18-02-2021 - Aceptación: 07-03-2021

La monografía titulada “Los trabajadores maduros ante el reto del envejecimiento activo: especial atención a la empleabilidad, la protección por desempleo y la jubilación”, fruto de la tesis doctoral de la profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Málaga, María Iluminada Ordoñez Casado y publicada por Ediciones Laborum (2019) viene a abordar, de manera estructurada y eficaz, la problemática de los trabajadores próximos a la edad de jubilación, haciendo un magnífico y completo recorrido por el corpus normativo que regula los mecanismos de acceso al mercado de trabajo y el mantenimiento del empleo de los trabajadores maduros.

El tema objeto de estudio resulta tan trascendente que, de cara al marco teórico-jurídico, abarca desde la revisión normativa internacional y europea hasta la configuración normativa estatal del fenómeno del envejecimiento activo, sin dejar atrás aspectos como las políticas activas de empleo y las políticas pasivas diseñadas por el sistema de protección social español.

Siguiendo la línea de investigación de la profesora Ordoñez, el primer capítulo de la obra se centra en *el fenómeno del envejecimiento en general, y su repercusión en el ámbito laboral, en particular*. En este sentido y a modo introductorio, se define el concepto de “trabajadores maduros” y se realiza una primera aproximación al fenómeno del “envejecimiento activo”, con especial énfasis en la problemática relativa al envejecimiento de la población y a la insostenibilidad del sistema público de pensiones español dado el actual modelo de gestión pública de reparto intergeneracional. Para una mejor comprensión del tema, la autora enlaza en su discurso aspectos clave como el comportamiento demográfico manifestado por el aumento en la esperanza de vida y la disminución de la tasa de fertilidad y la multitud de datos estadísticos que apuntan hacia una posible futura insostenibilidad de la tasa de dependencia de los pasivos.

“LOS TRABAJADORES MADUROS ANTE EL RETO DEL ENVEJECIMIENTO ACTIVO”

Todos estos problemas, cada vez más globalizados y de suma importancia para la sociedad en general, constituyen factores decisivos sobre la continuidad en el empleo del colectivo de trabajadores de edad avanzada. Aun a falta de una definición normativa en sentido estricto de este colectivo, las distintas reformas laborales llevadas a cabo a lo largo del tiempo han intentado destruir el prejuicio empresarial (que ha sido y sigue siendo el gran óbice en cuanto a la permanencia e inserción laboral de estos trabajadores de edad avanzada), manifestado más concretamente por la percepción de la edad avanzada como un factor negativo sobre la productividad y también como coste añadido a la sociedad en su conjunto.

A este respecto, y vista la necesidad de tomar conciencia de esa realidad cada vez más pronunciada, la lectura nos señala algunos hitos históricos que han contribuido al diseño normativo nacional actual en esta materia y nos apunta, de manera resumida, algunas resoluciones adoptadas por la Organización de las Naciones Unidas, la Organización Mundial de la Salud o la propia Unión Europea que, en aquel momento, habían empezado a poner en tela de juicios el vacío legal de los distintos estados y la falta de debate en lo que concierne al objeto de estudio de la obra.

Sin duda un pertinente y necesario análisis de las medidas adoptadas desde el nivel internacional se articula a lo largo del segundo capítulo que versa, como ya lo veníamos anunciando, sobre la *revisión normativa internacional y europea*. Se hace referencia a las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo que, aparte de concebir un primer intento de definición de los trabajadores maduros, al referirse a dicho colectivo como a aquellas “*personas que por causa del avance de la edad pudieran encontrar dificultades en el trabajo*”, se preocupan además por la vertebración de mecanismos de protección social de estas personas y de poner a disposición de los estados miembros herramientas para enmarcar políticas activas de empleo orientadas a la inserción laboral y al reciclaje profesional, a la igualdad de trato y oportunidades y a la protección en materia de empleo durante toda la vida activa de las personas maduras. El relato sigue con algunos apuntes sobre la intervención de la Comunidad Europea a través de sus instituciones y del Derecho derivado en vista de la urgente necesidad de intervención pública para combatir la expulsión prematura del mercado laboral de este colectivo afectado, casi de manera crónica, por el desempleo de larga duración. De cara a la recolocación de los trabajadores maduros se han venido diseñando, sobre todo, desde el ámbito jurídico-laboral y de seguridad social, herramientas normativas tales como Directiva y Reglamentos, encaminadas todas ellas a impulsar a los estados a adoptar medidas de actuación para facilitar el tránsito del colectivo en cuestión entre la vida activa y la jubilación, cuando la permanencia en el mercado laboral ya no resulte posible.

A partir de este momento, la obra dedica el capítulo tercero al estudio del *marco normativo estatal actual para hacer frente al fenómeno del envejecimiento de los trabajadores y de las medidas para introducir o mantener a los trabajadores de edad en el mercado de trabajo*. Atendiendo a algunos puntos clave de las ideas de autoempleo y emprendimiento de los trabajadores maduros, la profesora Ordoñez Casado realiza un minucioso recorrido, en primera instancia, por las distintas políticas activas de empleo estatales haciendo hincapié en las estrategias de fomento del empleo autónomo tales como el abordaje educativo y cultural de la formación para el empleo y el intento de

“LOS TRABAJADORES MADUROS ANTE EL RETO DEL ENVEJECIMIENTO ACTIVO”

remover los obstáculos al emprendimiento, la simplificación administrativa y el asesoramiento técnico de las actividades de emprendimiento; sin obviar, por supuesto, las medidas para neutralizar las trabas al autoempleo como las bonificaciones y las reducciones en las cuotas a la seguridad social, así como el tratamiento fiscal amable por parte de los organismos públicos competentes.

En esta primera parte, el estudio culmina con la presentación de los incentivos a la contratación y al mantenimiento del empleo de los trabajadores maduros a través de distintas tipologías contractuales creadas por el legislador nacional al tal efecto. Y concluye el tercer capítulo con unas reflexiones sobre la necesidad de una reforma relativa a las múltiples modalidades de extinción del contrato de trabajo por causa de la edad, pues razones como la ineptitud sobrevenida de los trabajadores, las razones de orden económico, técnico, organizativo o productivo, o incluso las causas objetivas del despido, en ocasiones, no son más que meros mecanismos encubiertos de manifestación de ese prejuicio empresarial al que nos referíamos *ab initio*.

El cuarto capítulo de la monografía se dedica, evidentemente, a la vertebración del sistema de protección social de los trabajadores maduros, atendiendo tanto al nivel contributivo como al asistencial, y dedicando especial atención a la *jubilación como política para regular el mercado de trabajo*.

En este sentido, la autora empieza exponiendo las cuestiones generales de la protección social por desempleo de este colectivo, para verter su atención *a posteriori* sobre el diseño de las políticas asistenciales de lucha contra la pobreza y la exclusión social, en base a las competencias asumidas a este respecto por la: Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas o las entidades locales.

Hemos de resaltar brevemente la puesta en marcha de varios planes y programas cuyos objetivos han sido, en el momento de su creación, mitigar la situación de los desempleados con especiales necesidades económicas en algunos casos y la recualificación profesional, en otros. Por tanto, se trae a colación el denominado “tercer nivel de protección” donde encajan las rentas de inserción, los programas de protección por desempleo e inserción o los programas de reactivación para el empleo, muchos de ellos inactivos hoy en día. Para cerrar el capítulo del sistema protector, la autora analiza la jubilación y las distintas vías de acceso a la misma.

No podemos no recordar y traer a debate esa asignatura pendiente que mencionábamos al comienzo del comentario, y que versa sobre el equilibrio financiero del sistema español de pensiones contributivas, ya que su sostenibilidad parece ser un requisito de obligado cumplimiento, pues de incurrir en déficit, éste debería quizá financiarse con cargo a los ingresos universales del Estado a pesar de que sus beneficiarios no son el conjunto de la población, sino el colectivo de asegurados que cumple ciertos requisitos de acceso previos.

Tampoco podemos dar por concluido el resumen de este capítulo sin señalar una sucinta referencia a dos supuestos atípicos de la protección de la vejez diseñados por el legislador español, como pueden ser la jubilación anticipada parcial y el envejecimiento activo.

“LOS TRABAJADORES MADUROS ANTE EL RETO DEL ENVEJECIMIENTO ACTIVO”

Por último, en el capítulo dedicado a las conclusiones de su labor investigadora, la profesora Ordoñez aboga por la todavía necesaria intervención pública para facilitar a los trabajadores en edad avanzada el acceso al empleo y al autoempleo, puesto que aún son muy escasas las medidas encaminada a favorecer la consolidación de la actividad emprendedora y, en definitiva, resulta razonable que este colectivo tan débil y vulnerable siga demandando medidas de protección y estímulos adicionales.

RESEÑA DE “PODERES EMPRESARIALES Y RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR INCUMPLIMIENTO DEL TRABAJADOR (ESPAÑA E ITALIA)”

(ORTEGA LOZANO, P.G., COMARES, GRANADA, 2020)

Sheila López Vico

Alumna del Máster Oficial en Derecho de los Negocios

Universidad de Granada

lopezsheila@correo.ugr.es

Recepción de trabajo: 25-11-2020 - Aceptación: 10-04-2021

Toda relación laboral se encuentra marcada por un principio y un fin, siendo precisamente la regulación jurídica de este último hecho el que más debates sociales, políticos y científicos ha suscitado en la práctica. Debates que además se han visto avivados tras las últimas reformas en materia laboral, que en defensa de la necesidad de una flexibilización del mercado laboral que permita adaptarse a la globalización, han ocultado una clara descausalización del despido, sustentándolo en una indemnización irrisoria que está lejos de compensar al trabajador ante la pérdida injustificada de su empleo. Otra de las claras consecuencias de las últimas reformas ha sido el aumento de los poderes empresariales en detrimento de los derechos sociales de los trabajadores por los que tanto se ha luchado a lo largo de la historia. Como consecuencia, podemos decir que no es baladí la realización de un análisis en profundidad y de manera actualizada de esta figura jurídica, aun más ante las graves consecuencias que el Covid-19 está generando no solo a nivel nacional, sino también mundial, y que por desgracia están teniendo especial incidencia en el ámbito laboral.

La obra objeto de recensión titulada “Poderes empresariales y resolución del contrato de trabajo por incumplimiento del trabajador España e Italia” analiza de manera crítica la heterogénea problemática que presenta la figura del despido disciplinario tanto en nuestro ordenamiento jurídico como en el italiano. Ésta ha sido la ambiciosa empresa perseguida por el doctor Pompeyo Gabriel Ortega Lozano, doctor y profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada, la cual, me atrevería a decir, ha logrado con éxito.

* Grupo de Investigación SEJ-184 “Derecho del Trabajo, Relaciones Laborales y Seguridad Social” de la Universidad de Granada.

Cabe destacar el hecho de que la monografía objeto de revisión, ha sido editada por la prestigiosa editorial Comares, la cual es un claro referente en el mundo jurídico. Además, esta obra se encuentra dentro de la compilación dirigida por el catedrático José Luis Monereo Pérez, denominada Colección Trabajo y Seguridad social, de gran trascendencia en el ámbito laboral.

En cuanto a la estructura de la obra, ésta cuenta con una introducción, diez capítulos diferenciados, aunque altamente relacionados entre sí, y una serie de conclusiones. A su vez, esta monografía comienza con un excelente prólogo realizado por José Luis Monereo Pérez, catedrático y profesor del Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social en la Universidad de Granada, en el cual se incorpora una breve visión general de la materia objeto de estudio, esto es, del despido disciplinario y los poderes empresariales. Con el fin de mostrar la importancia y actualidad del tema objeto de estudio, el profesor Monereo Pérez hace en dicho prólogo referencia a la tendencia que se ha seguido en las últimas reformas laborales en nuestro país. Por todo ello, y en palabras de este magnífico profesional, «No podemos negar que nos encontramos ante una de las figuras más controvertidas que actualmente podemos localizar en el Derecho del Trabajo.»¹

Le sigue una introducción en la que el autor desglosa el contenido de su obra, haciendo referencia al propósito que presentan todas y cada una de las partes de la misma y señalando de este modo el objetivo principal de este estudio, siendo éste la elaboración de una obra que sirva de referencia en el estudio del despido disciplinario y de los poderes empresariales. Para ello, el autor realiza una rigurosa compilación y sistematización de datos, estudiando los orígenes históricos de dicha figura jurídica, la evolución que ha sufrido a lo largo de las diversas reformas laborales y el tratamiento que se le da al despido disciplinario en la misma. Además, el autor señala los principales problemas interpretativos que presenta la figura del despido disciplinario, señalando consecuentemente cuáles son las soluciones más coherentes en base al derecho actual, no solo restringido al ámbito nacional, sino que el autor enriquece sumamente esta obra al analizar también esta figura en el ordenamiento jurídico italiano. Finalmente, y en base a la información proporcionada, el autor realiza una serie de propuestas de reformas viables. En definitiva, la metodología seguida por el autor se basa en una investigación sistematizadora, de “lege data” y “lege ferenda”.

Haremos referencia ahora de manera más detallada a los distintos capítulos que componen la obra:

- “Capítulo I. Evolución histórica y transformación actual de la figura jurídica del despido disciplinario.” En este primer capítulo, tras mostrar el autor la relación existente entre la figura jurídica del despido disciplinario y el ejercicio de los poderes empresariales, realiza un profundo análisis de la evolución histórica de dicha figura, señalando las modificaciones más relevantes, así como también las peores decisiones que ha tomado nuestro legislador, desde el punto de vista de la protección del trabajador y de la desmercantilización del mismo.

1 Monereo Pérez, J.L., “Prólogo”, en Ortega Lozano, P.G., *Poderes empresariales y resolución del contrato de trabajo por incumplimiento del trabajador España e Italia*, Comares, Granada, 2020, pág. XVII.

- “Capítulo II. Concepto, fundamento común y causas justas del despido disciplinario.” En este capítulo, se profundiza en el concepto de despido disciplinario, analizando para ello los requisitos que justifican este despido. El doctor Ortega Lozano señaló el problema que dichos términos suscitan en su determinación práctica debido a su indeterminación, así como en consecuencia, el importante papel del juez en la determinación de la procedencia o no del despido, pudiendo influir su formación social. En línea con la idea anterior, el autor explica con detenimiento la tendencia liberal seguida en las últimas reformas laborales y textos europeos.
- “Capítulo III. Las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo.” A partir de este capítulo y hasta el noveno, el autor procede a analizar de manera individualizada todas y cada una de las causas que sustentan el despido disciplinario en nuestro ordenamiento jurídico. Para ello, la metodología seguida por el doctor Ortega Lozano consiste en iniciar el estudio de cada causa a través de su análisis histórico y teórico, tras lo cual se señalan diversas sentencias que muestran la posición y tendencia que ha mantenido la jurisprudencia ante cada una de las causas, lo cual dota a esta obra de un gran carácter práctico, facilitando su comprensión. En este capítulo en concreto, el autor trata temas de gran interés, como por ejemplo la distinción entre el despido disciplinario fundamentado en esta causa y la dimisión del trabajador por abandono.
- “Capítulo IV. Despido por indisciplina o desobediencia en el trabajo.” En este capítulo, en primer lugar se hace referencia al conflicto existente en la aplicación de los conceptos “solve et repete” e “ius resistantiae”. El autor muestra como se ha producido una flexibilización a lo largo de la historia, existiendo ahora una más flexible doctrina, conocida como de “obediencia justa”, que aunque sigue reconociendo que el trabajador debe obedecer y luego reclamar, establece también que la potestad del empleador debe someterse a los límites legales, de modo que si no respeta lo contenido en la ley el empleado no está obligado a obedecer. Finalmente, el autor cierra este capítulo hablando de un tema de sustancial importancia y que no aparece recogido de manera expresa en el artículo 54.2 ET, siendo este el despido por la participación activa en una huelga ilegal.
- “Capítulo V. Despido disciplinario por ofensas verbales o físicas.” En este capítulo, el doctor Ortega Lozano estudia una de las causas de despido disciplinario más conflictivas en la práctica, al estar ésta enlazada de manera directa con el derecho al honor y la dignidad de la persona. Precisamente esta conexión hace necesaria la contemplación por parte de la jurisprudencia no solo a los elementos objetivos, sino también a los de carácter subjetivo. De este modo y gracias a la referencia que el autor hace a diversas sentencias, podemos apreciar la diversidad de situaciones con las que nos podemos encontrar en la práctica.
- “Capítulo VI. Despido por transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en el desempeño del trabajo.” Al igual que ocurría en el capítulo anterior, nos encontramos ante una causa de despido en la que la labor de la doctrina y jurisprudencia juega un papel esencial, principalmente por la amplitud del término “buena fe”. Como indica el autor, la amplitud de esta causa permite que se integren en su interior aquellas situaciones que no encajan en las causas tipificadas en el resto de apartados del artículo 54.2 ET. En particular, el autor señala temas de vital importancia en la práctica, como son la concurrencia desleal, el lucro indebido, etc.

- “Capítulo VII. La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado.” En este capítulo el autor analiza los principales problemas que surgen en la aplicación práctica de esta causa, señalando por ejemplo la necesidad de distinguir esta causa del despido objetivo por ineptitud sobrevenida o en aquel fundado en la falta de adaptación ante una modificación técnica.
- “Capítulo VIII. La embriaguez habitual o toxicomanía con repercusión negativa en el trabajo.” En este capítulo se trata una causa de despido que ha sufrido varias modificaciones desde su origen. Como señala el autor, es fundamental separar las consecuencias laborales de las meras creencias sociales o éticas, por lo que en la aplicación de esta causa resulta fundamental que concurren las causas de habitualidad y la repercusión negativa en el trabajo. No obstante, deberá de atenderse al caso concreto ya que en diversas sentencias vemos como la peligrosidad vinculada al trabajo, el grado de responsabilidad, etc., justifica la aplicación de esta causa aun no cumpliéndose el criterio de la habitualidad.
- “Capítulo IX. El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa.” Finalmente, el autor cierra el análisis de las distintas causas en las que se fundamenta el despido disciplinario señalando la innecesidad y deficiencia que presenta esta última causa de despido, ya que como muy acertadamente señala el doctor Ortega Lozano, un despido fundamentado en esta causa podría englobarse en algunas de las restantes recogidas en el artículo 54.2 ET.
- “Capítulo X. El despido disciplinario en el ordenamiento jurídico italiano.” Por último, el autor cierra la obra mediante el análisis del despido disciplinario en el ordenamiento jurídico italiano. En primer lugar, se realiza un análisis histórico de la evolución de esta figura en el ordenamiento jurídico italiano, tras lo cual entra a analizar se regulación actual. En este capítulo el autor pone de manifiesto interesantes diferencias existentes entre el ordenamiento jurídico italiano y el español, como por ejemplo, el hecho de que el despido disciplinario en Italia se haya construido sobre la base de las decisiones jurisprudenciales e interpretaciones doctrinales. Finalmente, el autor hizo referencia de manera detallada al despido por “giusta causa” y por “giustificato motivo”.

Finalmente, el doctor Ortega Lozano cierra su obra con una serie de conclusiones críticas sobre la figura del despido disciplinario y el relevante papel que ostenta la jurisprudencia, así como también el convenio colectivo en la puesta en práctica de dicho poder por parte del empresario. Además, el autor realiza una serie de propuestas de “lege ferenda” de cara a una futura reforma laboral, entre las cuales señala también algunas aplicables a la regulación de la figura del despido disciplinario en el ordenamiento jurídico italiano.

En definitiva, nos encontramos ante una obra de obligada referencia en el estudio de la figura del despido disciplinario, quedando plasmada en esta monografía la admirable y rigurosa tarea investigadora realizada por el doctor Ortega Lozano.