

Labos

Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social

Julio 2021
Volumen 2 - Número 2

Editorial	Discriminación algorítmica y derecho granular: nuevos retos para la igualdad en la era del big data <i>Algorithmic discrimination and granular law: new challenges for equality in the age of big data</i> Jesús R. Mercader Uguina	4
Artículos doctrinales	Sobre el papel de la ley en la ponderación de los derechos fundamentales en conflicto (a propósito de la regulación del derecho a la adaptación del tiempo de trabajo por motivos de conciliación de la vida laboral y familiar) <i>The role of the law in the weighting of fundamental rights in conflict (regarding the regulation of the right to adaptation of working time for reasons of reconciling work and family life)</i> Francisco Pérez de los Cobos Orihuel	12
	Decisiones administrativas automatizadas en materia social: algoritmos en la gestión de la Seguridad Social y en el procedimiento sancionador <i>Algorithm-assisted decision-making in the social matters: management of Social Security and administrative sanctioning procedure</i> José María Goerlich Peset	22
	Contrato fijo de obra: fijación y revelado de una especial figura contractual en la era digital <i>Fixed contract for a specific work in the construction industry: fixing and developing the image of an special employment contract in the digital age</i> David Lantarón Barquín	43
	Empleo y desempleo de las víctimas de violencia de género: garantías y facilidades de acceso y mantenimiento del empleo en España* <i>Employment and unemployment of victims of gender violence: guarantees and facilities of access and maintenance of employment in Spain</i> Elena García Testal	58

Artículos jurisprudenciales	<p>La perspectiva de género y el derecho del trabajo: ¿una hermenéutica en construcción o algo más? <i>Gender mainstreaming and labour law: an hermeneutic under construction or something else?</i> Rafael Moll Noguera</p> <p>A vueltas con el control de convencionalidad: avances y retrocesos de la aplicación de la norma internacional en el ordenamiento jurídico laboral español <i>Back with the control of conventionality: advances and settlements of the application of the international standard in the spanish labor legal order</i> Miguel Ángel Garrido Palacios</p> <p>Comentario de la STS de 11 de diciembre de 2020 (R° 416/2018, Sala de lo Social) ¿Una doctrina legal en vías de extinción? <i>Analysis of the STS 11 th December 2020 (R° 416/2018, Social Court). An extinted case law?</i> Elena Pérez Pérez</p>	83 99 116
<hr/>		
Debate	<p>Mercado de trabajo, temporalidad ilícita, engaño y deshonestidad <i>Labor market, illegal temporality, deception and dishonesty.</i> Ignasi Beltran de Heredia Ruiz</p> <p>El elefante en la habitación: dualidad y costes de despido en España <i>The elephant in the room: duality and severance costs in Spain</i> Juan J. Dolado</p> <p>La espiral de precariedad: desempleo, temporalidad y parcialidad involuntaria en la población joven, 2005-2021 <i>The spiral of precariousness: unemployment, temporary and involuntary part-time in the young population, 2005-2021</i> Margarita Torre</p>	124 134 141
<hr/>		
Reseña bibliográfica	<p>¿El ser humano al servicio de la tecnología? Reflexiones a propósito de la obra de Anna Ginés i Fabrellas, ‘El trabajo en plataformas digitales. Nuevas formas de precariedad laboral’ Luis Gordo González</p>	152

Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social
EISSN: 2660-7360 - www.uc3m.es/labos

Dirección

JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET
Universidad de Valencia, España

JESÚS R. MERCADER UGUINA
Universidad Carlos III de Madrid

ANA MARÍA DE LA PUEBLA PINILLA
Universidad Autónoma de Madrid, España

Secretaría de redacción

PATRICIA NIETO ROJAS

Comité de redacción

AMPARO ESTEVE SEGARRA
PABLO GIMENO DIAZ DE ATAURI
LUIS GORDO GONZÁLEZ

Comité científico

MARÍA EMILIA CASAS BAAMONDE
Universidad Complutense de Madrid

ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA
Universidad Carlos III de Madrid, España

LANCE COMPA
University of Cornell, USA

JUAN JOSÉ DOLADO
Universidad Carlos III de Madrid, España

RUTH DUKES
University of Glasgow, United Kingdom

IGNACIO GARCÍA PERROTE-ESCARTÍN
Universidad Nacional de Educación a Distancia, España

ISABEL GUTIÉRREZ CALDERÓN
Universidad Carlos III de Madrid, España

MANUEL CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ
Universidad de Salamanca

SALVADOR DEL REY GUANTER
Universidad Pompeu Fabra, España

TOMÁS SALA FRANCO
Universidad de Valencia

EVERT VERHULP
Universidad de Amsterdam, Holanda

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL
Universidad Autónoma de Madrid

EDITORIAL

Discriminación algorítmica y derecho granular: nuevos retos para la igualdad en la era del big data

Algorithmic discrimination and granular law: new challenges for equality in the age of big data

Jesús R. Mercader Uguina*

*Catedrático Derecho del Trabajo y la Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid*

ORCID ID: 0000-0001-7153-0701

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2021.6213>

*“La ciencia no piensa”
M. Heidegger, ¿Qué significa pensar?*

I. Big data, algoritmos y sentimientos humanos

Estamos en la era del Big Data. El rápido desarrollo de la economía de los datos y de las tecnologías emergentes, como la inteligencia artificial, productos y servicios del «internet de las cosas», sistemas autónomos y la tecnología 5G, están planteando nuevos problemas jurídicos tras los cuales se sitúa el debate sobre las limitaciones en el uso de los datos y, muy en particular, de los personales. Estas tecnologías están conduciendo a la consideración de los datos digitales como materia prima capital de la sociedad de la información y del conocimiento, el aire que respira esta nueva realidad. Y es que, a medida que la transformación digital se expande hacia más y más áreas de la vida, los modelos de negocio que se desarrollan se basan, precisamente, en el análisis de esos datos lo que, inevitablemente se proyecta sobre lo laboral y, más ampliamente, sobre la legislación social en su conjunto.

Hasta ahora, el interés por estos análisis había prestado atención a los potenciales peligros y riesgos para la privacidad y la autonomía de los individuos y, sobre esta base, se centraba en la elaboración de marcos de regulación que limitasen el uso y tratamiento de los datos personales. Sin embargo, la transformación digital va a exigir ir más allá y va a requerir también una reflexión muy profunda sobre las diferentes perspectivas y riesgos que pueden llevar consigo estas técnicas. Todo ello en la medida en que el uso del Big Data está permitiendo reelaborar gran cantidad de datos simples, de forma que, combinados entre sí, puede contribuir a efectuar la más precisa y exacta

*jesus.mercader@uc3m.es

individualización de una persona alcanzando niveles máximos de granularidad o, si se prefiere, de especificidad. El auge de la sociedad basada en los datos podría cambiar la forma en que se diseñan las normas. La idea de un Derecho también granular, esto es, de un Derecho adaptado a las concretas y particulares circunstancias de cada persona no es, como veremos seguidamente, nada remota.

A este análisis no resulta ajeno el desarrollo de los algoritmos definidos como conjuntos ordenados y finitos de operaciones que permiten hallar la solución de un problema. Una tecnología intelectual, se ha dicho, que supone, en última instancia, la sustitución de juicios intuitivos por una respuesta objetivada. Y ello en la medida en que un algoritmo es una receta, un conjunto de instrucciones matemáticas, una secuencia de tareas destinada a conseguir un cálculo o un resultado. En suma, los algoritmos contribuyen a formalizar una serie de reglas de decisión y a efectuar cadenas de cálculos que permiten el análisis de múltiples variables seleccionando, de entre ellas, la mejor. Una realidad lejana y difícilmente comprensible para los juristas, quienes, por inercia natural, miramos con desconfianza la esférica perfección de las matemáticas.

Una desconfianza que tiene su fundamento. Se ha dicho que las estadísticas, cuya proyección en la gestión del Big Data es esencial, son como los presos: con la suficiente mala intención se les puede torturar hasta que confiesen. Y es que las informaciones estadísticas, aunque se nos aparecen como hechos fríos, sólidos, realidades reveladas que nos ofrece la naturaleza, y por ello incuestionables, son, en última instancia, resultado del actuar humano. Pero, como dice Levitin en un libro cuyo título es revelador (*“La mentira como arma”*, Alianza Universidad, 2019), es importante recordar que quienes *elaboran* (reténgase la noción) las estadísticas son personas. Y son, precisamente, éstas las que deciden qué contabilizar, cómo hacerlo y qué parte de las cifras resultantes van a compartir con nosotros. En suma, concluye Levitin, “las estadísticas no son hechos. Son interpretaciones”.

El cruce de las anteriores lógicas irradia sus efectos en múltiples campos del actuar humano y, como no podía ser de otro modo, también en el laboral. Aquí, es la empresa la que ha incorporado su uso hasta el punto de que parece que el empresario está dispuesto a delegar o, si se prefiere, a descentralizar parte de sus poderes tradicionales trasladando un importante número de decisiones a la presunta objetividad y plena fiabilidad que proporciona el recurso al Big Data. Y ello en la medida en que su uso actual se proyecta sobre prácticamente la totalidad de las facetas que componen su autonomía organizativa, recorriendo transversalmente la libertad de actuación empresarial, abarcando desde la selección de trabajadores hasta la forma y modo de ejercicio del poder de dirección, incluyendo sus dimensiones disciplinarias. Un vasto territorio que puede quedar, a no tardar, anegado por las plurales dimensiones y usos que permite la Inteligencia Artificial (“IA”).

II. Tratamientos automatizados de datos y diseño de perfiles: La sombra de la discriminación algorítmica

Pero lo cierto es que, aunque los ingenieros de software definen parámetros de análisis de minería de datos, los valores humanos están incrustados en cada paso en su diseño, por lo que el establecimiento de sistemas automatizados de decisión y los datos que les sirven de base pueden encontrarse sesgados en su origen, con lo que su tratamiento debe encontrarse sometido a importantes cautelas. El art. 22.1 RGPD sienta, por ello, una prohibición general de las decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado, entendiéndose por tal, “toda forma de tratamiento automatizado de datos personales consistente en utilizar datos personales para evaluar determinados aspectos personales de una persona física, en particular para analizar o predecir aspectos relativos al rendimiento profesional, situación económica, salud, preferencias personales, intereses, fiabilidad, comportamiento, ubicación o movimientos de dicha persona física” (art. 4.4 RGPD).

Se establece, de este modo, “el derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar”. Ahora bien, también contempla una serie de excepciones (art. 22.2 RGPD) entre las que se encuentran que sea necesario para la conclusión o ejecución de un contrato entre el interesado y un responsable del tratamiento, o en los casos en los que el interesado haya dado su consentimiento explícito. Excepciones que dejan un amplio espacio a estas técnicas en lo laboral. En todo caso, como precisa el Considerando (63) del RGPD, “todo interesado debe, por tanto, tener el derecho a conocer y a que se le comuniquen, en particular, los fines para los que se tratan los datos personales, su plazo de tratamiento, sus destinatarios, la lógica implícita en todo *tratamiento automático* de datos personales y, por lo menos cuando se base en la elaboración de perfiles, las *consecuencias de dicho tratamiento*”.

De los riesgos de estas técnicas es consciente el WP251rev.01 del GT29 (actual, Comité Europeo de Protección de Datos), que en sus “Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679” (“WP 251 del GT29”), subraya el peligro asociado al uso de estas fórmulas señalando que: “la elaboración de perfiles y las decisiones automatizadas pueden plantear riesgos importantes para los derechos y libertades de las personas que requieren unas garantías adecuadas. Estos procesos pueden ser opacos. (...) La elaboración de perfiles puede perpetuar los estereotipos existentes y la segregación social. Asimismo, puede encasillar a una persona en una categoría específica y limitarla a las preferencias que se le sugieren (...) En algunos casos, la elaboración de perfiles puede llevar a (...) una discriminación injustificada”.

Y es que, a diferencia de las personas, los algoritmos son en su esencia sumamente precisos y ciegos a las emociones. Por sí solos no crean nada ni cumplen más tareas que aquellas que se les encargan. Son capaces de hacer operaciones de análisis matemático, pero no prever relaciones ni verdades analíticas. Como decía Alan Turing, no pueden sorprendernos. Somos los seres humanos los que les insuflamos vida y, a su través, sentimientos lo que hace que pierdan su fría lógica y, por tanto, se humanizan y pueden también, como los humanos, discriminar. Ello ocurre porque el aire que respiran los algoritmos, los datos, puede encontrarse viciado por lo que las decisiones automatizadas resultantes se encontrarán, igualmente, corrompidas (sesgos, discriminación, etc.). Por ello, un importante problema al que se enfrenta esta realidad es la “discriminación algorítmica” entendiendo por tal la que se produce cuando un individuo o colectivo recibe un tratamiento arbitrario como consecuencia de la toma de decisiones automatizadas. Una discriminación que obtiene, por el momento, respuestas desde nuestras actuales técnicas conceptuales pero que requeriría probablemente también de nuevas herramientas jurídicas de análisis. La discriminación afronta, pues, nuevos retos.

La discriminación algorítmica en el acceso al empleo comienza a ser una realidad y los derechos de los interesados deben contar con garantías reforzadas en estos casos. De ella hemos hablado en trabajos anteriores en los que hemos valorado los riesgos y efectos del uso de algoritmos en los procesos de selección (“*Algoritmos: personas y números en el Derecho Digital del trabajo*”, Diario La Ley, Nº 48, Sección Ciberderecho, 24 de febrero de 202). Así lo ha venido a subrayar el apartado VIII de la Carta de Derechos Digitales donde expresamente se señala que: “Se fomentará que los procesos de transformación digital apliquen la perspectiva de género adoptando, en su caso, medidas específicas para garantizar la ausencia de sesgos de género en los datos y algoritmos usados”.

No debe sorprender que se llame, por ello, a una intervención efectiva de los representantes de los trabajadores en estos casos. En este sentido, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo «Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano» ha recordado “la necesidad de consultar e informar a los trabajadores y sus representantes a la hora de introducir sistemas de IA que pudieran provocar cambios en la organización del trabajo, la vigilancia y su control, así como en los sistemas de evaluación y contratación de los trabajadores”. Una primera

materialización de esta idea la podemos encontrar en nuestro país en el Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales, que incorpora a la normativa vigente la extensión de los derechos de información de los representantes legales de los trabajadores a aquellas situaciones en las que se implanten sistemas de organización y control del trabajo cuando los mismos incorporen algoritmos o criterios algorítmicos en su realización. Una línea que ha recogido también la citada Carta de Derechos Digitales (apartado XIX) e, incluso, la propia negociación colectiva de la que es buen ejemplo el XXIV Convenio colectivo del sector de la banca Y es que, si resulta exigible normativamente la existencia de una información significativa sobre la «lógica aplicada» al uso de estas herramientas matemáticas, es imprescindible también el desarrollo de instrumentos que materialicen el derecho a la transparencia: un auténtico derecho fundamental de la nueva ciudadanía digital.

Pero la discriminación algorítmica aparece también en el desarrollo de la propia actividad laboral. La delegación del empresario de buena parte de sus decisiones en los algoritmos resulta especialmente trascendente en las nuevas formas de trabajo. Y es que las plataformas profesionales basan su actuación en algoritmos y, a través de los mismos, efectúan asignaciones de actividades a los profesionales incluidos dentro de las mismas. Y es aquí donde aparece la nueva “discriminación algorítmica en el empleo”. Buen ejemplo es la reciente sentencia del Tribunale Ordinario di Bologna que, en su sentencia de 31 de diciembre de 2020 (N. R.G. 2949/2019) ha declarado discriminatorio el algoritmo Frank utilizado por Deliveroo en su plataforma online para clasificar o definir el “ranking reputacional” de los riders.

Según quedó acreditado, los repartidores gozan de dos vías para recibir encargos de viajes por parte de la empresa: pueden reservar sesiones con antelación a través del sistema de reserva SSB (“Self-Service Booking”) o pueden iniciar sesión en tiempo real. El sistema de reserva SSB proporciona a los riders un calendario de disponibilidad de la semana entrante para poder recibir encargos de viaje de acuerdo con un ranking (una clasificación) establecido. Los parámetros de dicha clasificación son la llamada “tasa de fiabilidad” (número de veces en el que el rider no atendió una sesión que previamente reservó) y la “tasa de participación en los picos” (número de veces en que el rider estuvo disponible para los horarios más relevantes, es decir, de las 20h a las 22h de viernes a domingo). Sobre esta base la empresa utiliza un algoritmo que, a juicio del referido Tribunal, penaliza de igual forma y sin distinción alguna tanto a los riders que se ausentan temporalmente por motivos injustificados como a los que lo hacen por motivos justificados enfermedad, cuidado de menores o para ejercer su derecho de huelga. Tal diferencia, concluye el Tribunal, encubre una discriminación algorítmica en el empleo. Y llega a esta conclusión indicando que es indiferente que a los repartidores se les considere trabajadores por cuenta ajena o trabajadores autónomos, dado que en cualquiera de los casos estarán protegidos frente a la discriminación en el acceso al trabajo.

El control sobre los análisis y algoritmos (y especialmente Big Data) es complejo por varias razones. En primer lugar, el estatus profesional de quienes trabajan en el campo es incierto, no hay calificaciones obligatorias o ética profesional compartida. En segundo lugar, la comunidad de “creadores de algoritmos” pertenece casi en su totalidad al sector privado que es el principal consumidor de estos productos. Esta comunidad es global y constantemente interconectada: soluciones desarrolladas en Shanghái en unas pocas semanas podría ser utilizadas por otra persona en Hamburgo o San Francisco (V. Zeno-Zencovich, “*Smart contract*”, “*Granular Norms*” and *Non-Discrimination*, en Busch/De Franceschi, *Algorhmic Regulation and Personalized Law*, Munich, Verlag CH Beck, 2021, p.277).

Si bien el desarrollo de los sistemas de Big Data es apropiado en el funcionamiento de una empresa privada en la medida en que las mismas pagan por sus propios errores, más dudas se plantean

cuando tales productos digitales deben perseguir políticas públicas. Ejemplo de ello es el algoritmo SyRI (System Risk Indication) que fue utilizado por autoridades públicas para predecir la probabilidad de fraude a la Seguridad Social y al fisco por parte de los solicitantes de beneficios estatales. El Tribunal de lo Civil de la Haya, en sentencia de 5 de febrero de 2020, indicó que existe una responsabilidad especial en el uso de las tecnologías emergentes y concluye que el empleo de SyRI supone un incumplimiento del artículo 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos (el derecho al respeto de la vida privada y familiar) debido a la falta de transparencia y uso sesgado de este instrumento, utilizado exclusivamente en barrios donde viven personas con rentas bajas o zonas donde residen personas pertenecientes a minorías. Una sentencia que recuerda la STJUE (Gran Sala) de 16 de julio de 2015 en el asunto C-83/14, *Chez Razpredelenie Bulgaria AD*, en la que se debatía, precisamente, sobre la proporcionalidad de una medida que suponía un perjuicio excesivo para un grupo étnico que se veía estigmatizado sobre la base de consideraciones puramente económicas.

III. ¿Normas granulares?: ¿Hacia un Derecho personalizado?

Pero el desarrollo del Big Data afecta a la igualdad también desde una distinta perspectiva: su potencial desarrollo como instrumento de personalización e individualización de las normas. Es evidente que los sistemas legales han crecido granular y gradualmente a través de la jurisprudencia, es decir, por medio de decisiones establecidas caso por caso sobre la base de los hechos, las cualidades y la relación entre las partes en cada concreto y particular supuesto. La sentencia pulveriza la regla general en sus miles de posibles situaciones y aplica las normas casuísticamente. Pero los ejemplos se multiplican. Cuando una empresa cotiza a la Seguridad Social o se solicita una pensión de jubilación con la ayuda de un software público se observa una forma de “normativa granular”. En estos casos, hay un marco legal de referencia, pero la cantidad por la que la empresa debe cotizar o la pensión que el trabajador debe recibir depende de la información proporcionada o ya disponible para el organismo público y la “clase” a la que pertenece el individuo. La norma está incorporada en el software que establece de forma unívoca las exigencias que cada individuo debe cumplir. En estos casos, no hay apenas margen de error porque el software no permite completar el procedimiento si detecta desviación de la regla.

Esta proyección de la “sociedad de singularidades”, como la califica Reckwitz, resulta sorprendente para cualquier jurista y ello porque las transformaciones operadas en la definición del Estado de Derecho desde finales del XIX habían servido para construir un sistema normativo caracterizado por la generalidad de las normas y su abstracción. Sin duda por ello se ha dicho que la estabilidad, la permanencia y la generalidad son características esenciales de la Ley o, más gráficamente expresado, que “la ley es expresión de la voluntad general acatada por todos, configurando el *mundo de la seguridad* en el que el Derecho fija reglas de juego generales y abstractas que serán utilizadas por cualquier persona en cualquier circunstancia” (J. A. Montilla Martos, *Las leyes singulares en el ordenamiento constitucional español*, Madrid, Civitas, 1994). En este contexto, la idea de “normas granulares” no dejaría de ser un oxímoron ya que legislar significa generalizar.

Una herramienta para generalizar comúnmente utilizada por el legislador son las que podríamos denominar “tipificaciones” (en expresión de C. Busch, *Algorithmic Regulation and (Im) Perfect Enforcement in the Personalized Economy*. en Busch/De Franceschi, *Algorithmic Regulation and Personalized Law*, Munich, Verlag CH Beck, 2021). Estos son modelos normativos que dividen las infinitas variaciones del mundo social en ciertas categorías que crean un orden significativo. Un ejemplo clásico es la determinación de capacidad por referencia a una determinada edad lo que evita hacer indagaciones concretas sobre la facultad cognitiva y madurez de una persona. Las normas

sobre capacidad jurídica no tienen en cuenta la madurez real y juicio de un específico individuo, no miden la aptitud de cada persona. Esta individualización ha sido vista hasta ahora como arbitraria e insegura. Lo mismo ocurre en materia de derecho de daños cuando se establecen criterios de imputación objetivos o culpabilísticos generalizados. En estos casos, estas aproximaciones legales pueden conducir a errores de regulación y desigualdades. En tan incierto escenario, las reglas legales personalizadas o “granulares” a través de fórmulas de Big Data podrían tener en cuenta la heterogeneidad de los actores en un grado que las leyes generales y abstractas no pueden contemplar.

Igualmente, Big Data e IA pueden contribuir también a individualizar los estándares legales de conducta presentes en muchas normas. Así, se entiende que una norma tiene carácter de estándar cuando tiende a llevar al intérprete a la interpretación directa del principio o valor subyacente a una concreta situación. De este modo, los estándares rebajan el margen de error de las decisiones otorgando al intérprete la posibilidad de tomar en consideración todos los factores relevantes de la totalidad de las circunstancias a través de un proceso de ponderación entre los distintos intereses en juego. En el caso, por ejemplo, del estándar de “persona razonable” no hay precepto que defina lo que es razonable y lo que no lo sería. La granularidad permitiría construir lo que Porat llama el estándar de “usted razonable” (citado por C. Busch & A. De Franceschi, *Granular Legal Norms: Big Data and the Personalization of Private Law*, en V. Mak, E. Tjong Tjin Tai y A. Berlee, *Research Handbook in Data Science and Law Research Handbooks in Information Law*, 2018), un nivel personalizado de diligencia que se requiere a cada actor individual para cumplir con un estándar de atención personalizado basado en la información sobre sus concretas e individuales características. Ello permitiría resolver lo que Oliver Wendell Holmes llamó a la “ecuación personal” de cada sujeto. Obviamente, modelos de estas características siembran sombras de duda sobre potencial el grado de intervención sobre la privacidad que sería necesaria para alcanzar tan exacta valoración.

Algunos autores [A. J. Casey & A. Niblett, “*The Death of Rules and Standards*” (Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics, 2015, nº 738; (uchicago.edu)] llevan la idea del derecho personalizado incluso un paso más allá y prevén un escenario en el que los avances tecnológicos podrían permitir a los legisladores promulgar leyes complejas a través de micro-directivas. Estas micro-directivas se adaptarían con precisión a todos los escenarios posibles y proporcionarían instrucciones claras en tiempo real (posiblemente a través de asistentes digitales personales o mediante realidad aumentada) sobre cómo cumplir con la ley. Lo cierto es que la idea de granularidad normativa vuela por los aires los cimientos del modelo clásico de Estado de Derecho en la medida en que el desarrollo de los sistemas de Big Data podría permitir personalizar la ley y lograr un nivel de hiperindividualización que hasta ahora no se ha conseguido, lo que llevaría consigo una transformación radical del equilibrio entre la equidad individual y la seguridad jurídica.

Probablemente, antes de llegar a ese resultado el Big Data podría convertirse en un instrumento sino de transformación si de modulación del alcance de las normas jurídicas. Las nuevas técnicas pueden servir para precisar los supuestos de lógica borrosa presentes en muchas disposiciones. Es ésta una lógica divergente, alejada de los modelos lógicos binarios clásicos que habían venido siendo aplicados al Derecho sobre la base del carácter cerrado del ordenamiento jurídico. Como explica B. Kosko, la mayoría de los conceptos son borrosos porque tienen fronteras imprecisas. No existen líneas de trazo definido entre el agua que está caliente y la que no lo está. Nuestras ideas son intrínsecamente borrosas y nuestro razonamiento aproximado. En el Derecho sucede algo parecido, la realidad ofrece fronteras difusas en la construcción y en el diseño de las normas. Los sistemas de IA pueden contribuir decisivamente a dar respuestas a realidades normativas borrosas. Como se ha dicho, la lógica borrosa es un instrumento adecuado para captar y detectar algunos rasgos destacados del actuar jurídico en situaciones de incertidumbre (T. Mazzarese, *Lógica borrosa y decisiones judiciales: el peligro de una falacia racionalista*, Doxa, 1996, nº 19).

Las propuestas para que la lógica borrosa se proyecte en el terreno de la protección social no son nuevas. En uno de los libros más inteligentes y brillantes que se han escrito en nuestro país en esta materia, “*Análisis crítico del sistema español de pensiones no contributivas*”, de Josep Fargas Fernández, ya se apunta esta idea. En él se dice: “En el Derecho de la Seguridad Social creemos que el uso de la lógica borrosa puede resultar útil (...), a un discapacitado con un 64% de invalidez no se le proporcionará una prestación, y cuando alcance el 65% de minusvalía podrá causar una pensión vitalicia de invalidez. Si observamos los distintos requisitos que deben cumplirse para causar una pensión de invalidez no contributiva observaremos que la mayoría de ellos se trata de parámetros que son progresivos: edad, grado de invalidez, duración de la residencia previa, carencia de rentas (...) Tales cálculos requieren una investigación previa multidisciplinar (...). Asimismo, dichos cálculos requerirán el uso de computadoras dada la complejidad de las interrelaciones (intersecciones y exclusiones) entre los distintos factores (...), lo que aquí se propone es (...) aproximar las prestaciones a la necesidad que se va a tutelar”.

La precisión del derecho personalizado depende de la calidad y cantidad de datos que alimentan los sistemas de IA y el riesgo de las discriminaciones algorítmicas es una realidad cierta. Por ello parece claro que el Derecho camina por la senda de la tecnología y todo ello nos exige repensar con nueva mirada el sistema jurídico en su conjunto y, muy en particular, el que se proyecta sobre el universo normativo de lo social.

ARTÍCULOS DOCTRINALES

Sobre el papel de la ley en la ponderación de los derechos fundamentales en conflicto

(a propósito de la regulación del derecho a la adaptación del tiempo de trabajo por motivos de conciliación de la vida laboral y familiar)

The role of the law in the weighting of fundamental rights in conflict

(regarding the regulation of the right to adaptation of working time for reasons of reconciling work and family life)

Francisco Pérez de los Cobos Orihuel*

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Complutense de Madrid
Presidente Emérito del Tribunal Constitucional*

ORCID ID: 0000-0001-7153-0701

Recibido: 31/5/2021

Aceptado: 12/6/2021

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2021.6214>

Resumen: La CE atribuye a la ley un papel central para el derecho que reconoce a los trabajadores de adaptar sus condiciones de trabajo por razones de conciliación de la vida laboral y familiar. Sin embargo, la problemática radica en muchos casos en la ponderación judicial que se haga de las necesidades de conciliación del trabajador y de las necesidades organizativas y/o productivas de la empresa. El presente estudio señala que la renuncia del legislador al papel de intermediación que le es propio y la remisión a la jurisdicción ordinaria de la ponderación de los derechos y bienes constitucionales en conflicto, presenta asimismo un grave hándicap: ignora o minusvalora el coste que en términos de seguridad jurídica y litigiosidad judicial comporta remitir el conflicto a una valoración judicial *ad casum*.

Palabras clave: derecho constitucional, conciliación de la vida laboral y familiar, ley, conflicto.

Abstract: Spanish Constitution regards to the law the regulation of the right to adaptation of working time for reasons of reconciling work and family life. However, the critical issue in this matter lies in many cases on the judicial assessment of the family care needs of the employee and the organizational and productive needs of the employer. This paper shows that the legislator's renunciation of the role of intermediation that is its own and the referral to the ordinary jurisdiction of the weighting of conflicting constitutional rights and property also presents a serious handicap: ignores or it underestimates the cost in terms of legal certainty and judicial litigation involved in remitting the conflict to a judicial valuation *ad casum*.

Keywords: constitutional rights, work life-balance, law, conflict.

*franciscoperezdeloscobos@der.ucm.es

I. Introducción

La Constitución española atribuye a la Ley un papel fundamental a la hora de conciliar y ponderar el ejercicio de los derechos fundamentales que reconoce. Las llamadas a la Ley en el Capítulo segundo del Título I para garantizar, tutelar y regular los derechos que contempla son continuas. A estas llamadas hay que añadir la previsión general contenida en el art. 53.1 relativa a estos mismos derechos: Con el solo límite del necesario respeto a su contenido esencial, solo por ley puede regularse el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del Título I. *In primis*, por consiguiente, corresponde al legislador el desarrollo de los derechos fundamentales y la regulación de los inevitables problemas de conciliación que de su ejercicio interactivo resultan.

El ejercicio por los ciudadanos de los derechos fundamentales, sin embargo, no está condicionado a su previo desarrollo legal y, por tanto, a menudo los conflictos que de su actuación simultánea e interacción resultan deben ser resueltos por los Tribunales ordinarios y, en última instancia, por el Tribunal Constitucional sin que se haya producido la intervención precedente del legislador. Es decir, la ponderación de los intereses en litigio la lleva a cabo la jurisprudencia ordinaria y constitucional sin que el legislador haya desempeñado el papel intermediador que le es propio. Con frecuencia, solo a posteriori, cuando ya hay un cuerpo de doctrina consolidado, el legislador se decide a intervenir y en tal caso no es inhabitual que opte por asumir sin más la elaboración pretoriana precedente. Una elaboración que, como no podía ser de otra forma dado su origen, se configura como abierta, reconociendo amplios espacios al arbitrio judicial, sobre el que en última instancia recae la responsabilidad de llevar a cabo la ponderación de derechos y bienes constitucionales en conflicto.

Sin duda, este *modus operandi* del legislador viene avalado por la prudencia. Por lo pronto, que sean los tribunales los que exploren y desbrocen las nuevas áreas de conflicto permite al legislador evitar intervenciones precipitadas y entrar a regular la cuestión cuando disponen de un caudal de reflexión suficiente. De otra parte, asumir las pautas regulatorias que ofrece la jurisprudencia constitucional constituye una garantía frente a eventuales ulteriores impugnaciones de la regulación legal ante el Tribunal constitucional.

Pero este modo de actuar, que en buena medida supone la renuncia del legislador al papel de intermediación que le es propio y la remisión a la jurisdicción ordinaria de la ponderación de los derechos y bienes constitucionales en conflicto, presenta asimismo un grave hándicap: ignora o minusvalora el coste que en términos de seguridad jurídica y litigiosidad judicial comporta remitir el conflicto a una valoración judicial *ad casum*. Los valores de generalidad, igualdad y certidumbre inherentes a la Ley¹, que bien podrían servir para contener y reducir la litigiosidad y la judicialización de la misma, se sacrifican para consolidar un ámbito de conflictividad abierto. Pareciera que la Ley se reconoce incapaz de ejercer ese papel de intermediación que tiene constitucionalmente atribuido y se limita a procedimentalizar y encauzar el conflicto para, en última instancia, encomendar su solución a los jueces, que se van a ver obligados a arbitrar entre los intereses constitucionales enfrentados.

II. La STCo. 26/2011 en el origen de la vigente regulación del derecho a la adaptación del tiempo de trabajo por motivos de conciliación de la vida laboral y familiar

Un ejemplo paradigmático de este modo de actuar del legislador y de los efectos que del mismo se desprenden se halla en la regulación del derecho a la adaptación del tiempo de trabajo contenida en

¹ A la “Ley como garantía y medida de la libertad civil” se refería en un luminoso ensayo sobre la crisis de la Ley L. DIEZ PICAZO (1985): “Constitución, Ley, Juez”, Vid. en Revista Española de Derecho Constitucional, nº5, pág. 10.

el vigente artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores, cuya matriz constitucional constituye hoy un lugar común.

En el origen de la actual regulación de este derecho, en efecto, está la doctrina sentada en la STCo 26/2011, de 14 de marzo del 2011, de la Sala Primera del Tribunal del Tribunal Constitucional, cuyos extremos se hace necesario recordar. No se pretende aquí hacer un análisis detenido y menos un juicio crítico de esta sentencia², sino poner de relieve su determinante influencia en el modelo regulador posteriormente incorporado por el legislador en el art. 34.8 del Estatuto de los Trabajadores, con las consecuencias más arriba apuntadas.

Sintéticamente, los hechos del caso que determinaron el pronunciamiento constitucional fueron los que a continuación se reseñan. El recurrente de amparo prestaba sus servicios laborales para la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León como Ayudante técnico educativo en una residencia de educación especial. El calendario laboral previsto para el personal al que pertenecía en dicho centro preveía ocho puestos con horario escolar y otros ocho con régimen de turnos rotativos de mañana, tarde y noche, pudiendo los trabajadores optar por uno u otro régimen en función de sus intereses, con preferencia según un criterio de mayor antigüedad. El recurrente había elegido realizar sus servicios en un régimen de turnos rotativos pero con posterioridad solicitó a la Consejería realizar todas sus jornadas en horario de noche con el fin de conciliar su vida laboral y familiar.

Al parecer, su solicitud no fue contestada y su reclamación previa fue denegada por no existir en el centro para el curso escolar según el calendario pactado ningún puesto específico de ayudante técnico educativo con horario nocturno. Ante tal negativa, el recurrente formuló demanda ante el Juzgado de lo Social nº 1 de Palencia, en la que alegaba que su pretensión no era caprichosa sino que obedecía a la necesidad de atender a dos hijos de corta edad. La demanda fue desestimada por el Juzgado que avaló la actuación de la Consejería señalando que el llamado turno fijo de noche que el trabajador reclamaba no existía y que la Ley no reconocía un derecho directo del trabajador a elegir cambio de turno de trabajo por razones familiares. La sentencia fue recurrida en suplicación, alegando en su recurso el demandante infracción del art. 14 CE en relación con el art. 27 del propio texto constitucional y 36.3 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el art. 54 del Convenio Colectivo para el personal laboral de la Administración general de la Junta de Castilla y León. Para el recurrente, la denegación de su pretensión era una decisión que contravenía el art. 36.3 LET, en relación con el citado art. 54 del Convenio, normativa de la que a su juicio se deducía que al existir en el centro de trabajo jornadas de mañana, tarde y noche, los trabajadores podían adscribirse voluntariamente al turno de noche, como sucedía en el caso de la categoría de enfermeras, por lo que no podía establecerse un trato discriminatorio para su categoría. El TSJ de Castilla y León desestimó el recurso en ST de 9 de Julio de 2008 en la que rechazó la existencia de discriminación alguna derivada del trato diferente entre enfermeras y ayudantes técnicos educativos, así como la existencia de una “discriminación por paternidad” de la que no había constancia. Para la Sala, tampoco la sentencia de instancia infringía el artículo 36.3 del Estatuto, pues dicho precepto, establecía una

² Vid. en tal sentido, GARCIA AMADO, J. A., “La sentencia de la semana: el Tribunal Constitucional sigue siendo el rey y su palabra es la ley (a ritmo de ranchera)”, <http://garciamado.blogspot.com/2011/05/la-sentencia-de-la-semana-el-tribunal.html>; MONTOYA MEDINA; D, “Dimensión constitucional de los derechos de conciliación de la vida laboral, personal y familiar (comentario a las STCo 24/2011 y 26/2011, de 14 de marzo), Aranzadi Social/ núm. 4/2011; GIL PLANA, J., “La admisión de la circunstancia personal de cuidar a un hijo como factor discriminatorio (Sentencia 26/2011, de 14 de Marzo)”, en M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar, *Jurisprudencia constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, T. XXIX, 2011, págs. 87 y ss.; RODRÍGUEZ RUIZ, B., “La dimensión constitucional de la conciliación de la vida familiar y laboral, o de la dimensión doméstica de la ciudadanía”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2015, núm 103, págs.. 355 y ss.

limitación para desempeñar el turno de noche durante más de dos semanas consecutivas, pero no reconocía el derecho del recurrente a permanecer indefinidamente en el turno de noche.

También la sentencia del TSJ fue recurrida en casación para la unificación de doctrina, recurso en el que insistió en que se había producido una vulneración del derecho a la no discriminación (art. 14 CE), por cuanto la negativa a asignarle al turno de noche durante dicho curso escolar le impedía conciliar su vida laboral y familiar. El Tribunal Supremo inadmitió por Auto el recurso por falta de contenido casacional. Citando jurisprudencia previa propia, el Tribunal sostuvo que la petición de cambio de turno carecía de amparo legal y entendió que el derecho reconocido en el art. 34.8 ET estaba condicionado a los términos fijados en la negociación colectiva o al acuerdo con el empleador, inexistentes en el caso de autos. Sobre las consideraciones del recurrente sobre la vulneración de derechos fundamentales, el Supremo entiende que “solo cabe interpretar(las) con el fin de cumplir uno de los requisitos precisos para poder interponer más tarde el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional”.

En efecto, el paso siguiente en el *iter* judicial del recurrente fue formular un recurso de amparo, en cuya demanda adujo que las resoluciones judiciales impugnadas habían vulnerado su derecho a la igualdad (art. 14 CE), en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), alegando la existencia de discriminación por razón de sexo. Con cita fundamentalmente de la STC 3/2007, el recurrente sostuvo básicamente que las sentencias recurridas, al rechazar su pretensión de realizar su jornada laboral en el turno de noche por entender que no existía normativa que explícita y directamente contemplase este derecho, no ponderaron adecuadamente la dimensión constitucional del asunto ex art. 14CE, con relación al mandato de la familia y de la infancia (art. 39 CE). A su juicio, los órganos judiciales debieron analizar desde la perspectiva constitucional en qué medida resultaba necesaria la adscripción del demandante al turno de noche durante el curso 2007/2008 para hacer compatible la vida profesional del trabajador con su vida familiar y qué necesidades organizativas la dificultaban o impedían, pero se limitaron a denegar su petición con fundamento en consideraciones de estricta legalidad, soslayando la dimensión constitucional del asunto y su repercusión sobre la efectividad del derecho a no sufrir discriminación por razón de sexo. En fin, el recurrente sostuvo que el rechazo de su petición no solo lo discriminaba a él sino también a su esposa, trabajadora y madre, que se había visto obligada para atender adecuadamente a los hijos de la pareja a reducir su jornada, con la consiguiente merma retributiva y menoscabo de su desarrollo profesional, lo que la hacía víctima de una discriminación indirecta por razón de sexo.

La sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional avala el planteamiento del recurrente al abordar el análisis del recurso desde la perspectiva del derecho fundamental a la no discriminación, mas no por razón de sexo –la decisión impugnada no fue tomada en consideración a la condición de varón del demandante– sino en atención a cualquier otra circunstancia personal o social (art. 14 CE). Para la Sala “lo que se plantea en el presente caso es un problema de posible discriminación por razón de las circunstancias familiares, en la medida en que la negativa a acceder a la asignación de horario nocturno solicitada por el trabajador demandante pudiera suponer un menoscabo para la efectiva conciliación de su vida familiar y laboral”.

Para la Sala –y es planteamiento de enorme trascendencia por el alcance general de la doctrina que pretende sentar–, “la dimensión constitucional de todas aquellas medidas normativas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo o por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE) como desde el mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa en cada caso concreto, habida cuenta de que el efectivo logro de la conciliación laboral y familiar constituye una finalidad de relevancia constitucional fomentada en nuestro ordenamiento a partir

de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre(...) que se ha visto reforzado por disposiciones legislativas ulteriores, entre las que cabe especialmente destacar las previstas en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en cuya exposición de motivos se señala que las medidas en materia laboral que se establecen en la ley pretenden favorecer la conciliación de la vida personal, profesional y familiar de los trabajadores, y fomentar una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombre en la asunción de obligaciones familiares”. Como apuntábamos, el postulado reseñado tiene gran trascendencia porque establece una ligazón clara entre las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar y el principio de igualdad y no discriminación, que otorga a aquellas dimensión constitucional (¿siempre?)³ y franquea el acceso al amparo de los conflictos laborales que se produzcan en este ámbito.

Desde este planteamiento, la Sala entra a enjuiciar las resoluciones judiciales impugnadas y, por tanto, su denegación de la petición de asignación de horario nocturno solicitada por el trabajador demandante. Una denegación básicamente fundada en que la normativa aplicable no reconocía un derecho directo del trabajador a elegir cambio de turno de trabajo por motivos familiares, es decir, en que la pretensión carecía de cualquier amparo legal. Tal argumentación, sin embargo, no convence a la Sala que considera que la jurisdicción ordinaria al prescindir de la dimensión constitucional del asunto y al no llevar a cabo la ponderación de derechos que la misma exigía, no tuteló debidamente el derecho del recurrente a la no discriminación por razones de sus circunstancias personales o familiares (art. 14 CE), relacionadas con su responsabilidad parental en la asistencia de todo orden a sus hijos menores de edad (art. 39.3 CE).

En efecto, para la Sala “el hecho de que los órganos judiciales no se hayan planteado la cuestión de si denegar al trabajador demandante la pretendida asignación del horario nocturno constituía o no un obstáculo para la compatibilidad de su vida laboral y familiar, en atención a las circunstancias concurrentes, supone no valorar adecuadamente la dimensión constitucional ex art. 14 CE, en relación con el art. 39.3 CE, del asunto planteado”. Comoquiera que, a su juicio, esta dimensión constitucional de las medidas normativas tendentes a facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar, debía “prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa que pueda suscitarse ante la aplicación a un supuesto concreto de una disposición” sobre el particular, “ello obligaba en el presente caso a valorar las concretas circunstancias personales y familiares que concurrían en el trabajador demandante, así como la organización del régimen de trabajo de la residencia de educación especial en la que prestaba servicios, para ponderar si la negativa empresarial a su pretensión de trabajar en horario nocturno constituía o no un obstáculo justificado para la compatibilidad de su vida familiar y profesional”. “En relación con las circunstancias familiares concurrentes, conforme a los datos obrantes en las actuaciones –sigue diciendo la Sala– resulta necesario tener en cuenta el número de hijos del recurrente, su edad y situación escolar, en su caso, así como la situación laboral de su cónyuge y la posible incidencia que la denegación del horario nocturno al recurrente pueda haber tenido para conciliar su actividad profesional con el cuidado de sus hijos. Asimismo era necesario valorar si la organización del trabajo mediante turnos fijo (diurno) y rotatorio de la residencia en la que presta servicios el recurrente permitía alteraciones como la interesada por éste sin poner el funcionamiento de la residencia en dificultades organizativas lo suficientemente importantes como para excluir tales modificaciones”. Adviértase que la sentencia, que postula una ponderación, desgrana las circunstancias familiares que el juzgador debe valorar y, respecto de las dificultades relativas a la organización del régimen de trabajo, requiere que para prevalecer frente a aquellas sean “suficientemente importantes”.

³ Vid. al respecto las recientes STCo 79/2020, de 2 de Julio, de Pleno y la STCo. 168/2020, de 16 de noviembre, de Sala

En definitiva, para la Sala los Tribunales ordinarios debieran haber analizado “hasta qué punto dicha pretensión resultaba necesaria para lograr la efectiva participación del (trabajador) en el cuidado de los hijos de corta edad a través de un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares, ni cuales fueran las dificultades organizativas que el reconocimiento del horario solicitado pudiera ocasionar al centro de trabajo en el que presta servicios”, y al no hacerlo así no tutelaron suficientemente sus derechos constitucionales, razón por la cual estima el recurso y retrotrae las actuaciones al Juzgado de lo Social para que éste “dicte, con plenitud de jurisdicción, nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental reconocido”. Una resolución que, parece obvio, la propia sentencia en buena medida predetermina.

La sentencia reseñada no solo reprocha a los jueces que han conocido del asunto su “mero” atenuamiento a la Ley y su soslayo de la dimensión constitucional del asunto, sino que en su empeño pedagógico de explicarles cómo debían haber actuado y de explicitar los elementos que deberían haber ponderado a la hora de resolver el caso, está pergeñando un modelo regulador del derecho a la adaptación del tiempo de trabajo por razones de conciliación de la vida laboral y familiar que residencia en los jueces la resolución de estos conflictos. En su voto particular a esta sentencia, al advertir de las dificultades de ejecución de “un fallo de estas características”, el magistrado D. Pablo Pérez Tremps ya advirtió del peligro de “reclamarles (a los jueces) un excesivo intervencionismo que puede desembocar, en ciertos casos, en algo cercano al activismo judicial”. “En efecto, en este tipo de fallos –seguía el voto particular– al órgano judicial no solo se le obliga a ponderar ... sino a intervenir con su voluntad en las previsiones normativas, convencionales o contractuales existentes, tomando decisiones en materia organizativa que deben estar al margen de su actuación jurisdiccional, que ha de limitarse a un control externo de esas previsiones”.

Es más, de una lectura superficial de la sentencia, podría llegar a entenderse que el modo de actuar judicial que la sentencia postula constituye un modelo regulador de la institución que deriva del propio texto constitucional, de modo que los márgenes de discrecionalidad del legislador a la hora de abordarla quedarían muy mermados.

III. La regulación legal del derecho a la adaptación del tiempo de trabajo por razones de conciliación de la vida laboral y familiar

Desde luego se diría que éste ha sido el planteamiento del legislador que ha diseñado la actual regulación del derecho a la adaptación del tiempo de trabajo por razones de conciliación de la vida laboral y familiar, incorporada al art. 34.8 del Estatuto de los Trabajadores en el Real Decreto-Legislativo 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. Y, asimismo, el que ha regido a los redactores del art. 6.2 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, que en plena pandemia previeron un derecho a la adaptación de la jornada “por deberes de cuidado por circunstancias excepcionales relacionadas con el COVID-19”, que básicamente reitera para este supuesto excepcional la misma pauta regulatoria prevista en el Estatuto. Por razones de economía expositiva, centraré mi breve reflexión en la regulación general.

El art. 34.8 del Estatuto de los Trabajadores reconoce a “las personas trabajadoras” –es la nueva horrisona terminología legal– “derecho a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de la prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral”. “Dichas adaptaciones deberán ser razonables y proporcionadas en relación

con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas de la empresa”. “En el caso de que tengan hijos o hijas –sigue el precepto–, las personas trabajadoras tienen derecho a efectuar dicha solicitud hasta que los hijos o hijas cumplan doce años”⁴.

Por tanto, y de acuerdo con precepto legal, el nuevo derecho reconocido es el derecho de la “persona trabajadora” de que se trate a “solicitar” la adaptación de su tiempo de trabajo en los amplios términos que hemos visto (es decir, bien afectando a la duración y distribución de la jornada, bien a la ordenación del tiempo de trabajo, bien a la forma de la prestación), una petición cuyo éxito va a depender de una ponderación de circunstancias que el legislador no lleva a cabo sino que meramente prevé, concretamente entre las necesidades de la persona trabajadora y las necesidades organizativas o productivas de la empresa.

La aportación del legislador a este juicio de ponderación viene dada por la “procedimentalización” del mismo. En efecto, si el Tribunal Constitucional en la sentencia arriba glosada había residenciado la ponderación básicamente en la jurisdicción ordinaria, el legislador, como en seguida veremos, establece diversos cauces para que esa ponderación se materialice, no obstante los cuales si el conflicto sigue abierto será el juez quien lo zanje con su decisión. ¿Cuáles son estos cauces previos a la intervención judicial? En primer lugar, la ley remite a la negociación colectiva, donde “se pactarán los términos de su ejercicio, que se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre personas trabajadoras de uno y otro sexo”. Quiere decirse que si la negociación colectiva ha entrado a regular la cuestión y ha realizado la ponderación prevista por la ley a sus términos habrá que estar. No está claro, sin embargo, en qué medida la regulación convencional excluye o puede excluir una actuación individual ulterior. En segundo lugar, en ausencia de previsión convencional, “la empresa, ante la solicitud de adaptación de jornada⁵, abrirá un proceso de negociación con la persona trabajadora durante un periodo máximo de treinta días”, finalizado el cual, “por escrito, comunicará la aceptación de la petición, planteará una propuesta alternativa que posibilite las necesidades de conciliación de la persona trabajadora o bien manifestará la negativa a su ejercicio”, supuesto en el que “se indicarán las razones objetivas en las que se sustenta la decisión”⁶. A falta de ponderación convencional, la ley la encomienda a la negociación de trabajador y empresario, una negociación formalizada en cuanto a su duración, contenidos y desenlace, cuyo desarrollo conforme a la buena fe va a ser muy relevante a efectos de la ulterior resolución judicial del

⁴ Para un completo análisis de esta regulación, remito a la segunda parte del libro PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y MONREAL BRINGSVAERD, (directores) (2019), *Registro de la jornada y adaptación del tiempo de trabajo por motivos de conciliación*, Ed. LA LEY, Madrid 2019, concretamente a los ensayos de JURADO SEGOVIA, A (págs. 201-211 y 262- 305). THIBAUT ARANDA, X. (págs. 215-236) y TARABINI CASTELLANI AZNAR, M. (págs.. 239- 257).

⁵ Como ha señalado la doctrina, la Ley incurre aquí en una sinécdoque, en realidad el proceso de negociación se abre ante la solicitud de medidas de adaptación de condiciones, sea de jornada, horario, o modo de realizar la prestación (TARABINI CASTELLANI AZNAR, M, “Ejercicio y dinámica del derecho”, en *Registro de la jornada y adaptación del tiempo de trabajo por motivos de conciliación*, cit. pág. 249).

⁶ Esta previsión normativa parece inspirada en la Directiva 2019/1158, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, que, aunque entrará en vigor el 2 de agosto del 2022, ha sido sin duda manejada por el legislador de urgencia. Esta directiva en su artículo 9 dispone que “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que los trabajadores con hijos de hasta una edad determinada, que será como mínimo de ocho años, y los cuidadores, tengan derecho a solicitar fórmulas de trabajo flexible para ocuparse de sus obligaciones de cuidado” y que los “empleadores estudiarán y atenderán las solicitudes de acogerse a fórmulas de trabajo flexible (...) en un plazo razonable de tiempo, teniendo en cuenta, tanto sus necesidades como las de los trabajadores(...)” y “deberán justificar cualquier denegación de estas solicitudes, así como cualquier aplazamiento de dichas fórmulas”. En este mismo sentido, GOERLICH PESET, J.M. en “La adaptación de la ejecución del contrato por razones de conciliación de la vida familiar tras el RDL 6/2019”, en <https://elderecho.com/la-adaptacion-de-la-ejecucion-del-contrato-por-razones-de-conciliacion-de-la-vida-familiar-tras-el-rdl-6-2019>, pág. 2/6.

conflicto, caso de que, concluida la negociación, éste siga abierto, pues el juez va a examinar con lupa los términos en los que la misma se llevó a cabo⁷.

Porque, en efecto, este “procedimiento ponderador” se cierra con la previsión legal de que “las discrepancias surgidas entre la dirección de la empresa y la persona trabajadora serán resueltas por la jurisdicción social a través del procedimiento establecido en el artículo 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social”. En última instancia, por tanto, si la negociación colectiva no ha realizado la ponderación y la individual ha concluido sin acuerdo, son los jueces de lo Social, siguiendo el modelo regulador postulado por la STCo. 26/2011, quienes van a realizar el juicio de ponderación y resolver el conflicto de intereses.

Como apuntábamos más arriba, esta ha sido la pauta también seguida por el legislador al prever “el derecho a la adaptación de la jornada por deberes de cuidado por circunstancias excepcionales relacionadas con el COVID- 19”, “prerrogativa cuya concreción inicial –dice la norma legal– corresponde a la persona trabajadora, tanto en su alcance como en su contenido, siempre y cuando esté justificada, sea razonable y proporcionada, teniendo en cuenta las necesidades concretas de cuidado que debe dispensar la persona trabajadora, debidamente acreditadas, y las necesidades de organización de la empresa”, debiendo al efecto la empresa y la persona trabajadora “hacer lo posible por llegar a un acuerdo”. De nuevo una ponderación remitida por la Ley al acuerdo individual, a falta del cual deberá ser judicialmente resuelta, también a través del procedimiento del art. 139 de la LJS.

Pues bien, como ha destacado la doctrina, este modelo regulador ha resultado ser básicamente conflictual. El nuevo marco legal, en efecto, está prefigurando un “escenario de notable conflictividad”⁸, en el que parecen materializarse las advertencias que en su día hizo Pérez Tremps en su voto particular a la STCo. 26/2011: se ha convertido al juez en un árbitro de las decisiones organizativas de la empresa y se constata que ese árbitro actúa con notables dotes de subjetivismo.

Hay jueces que, quizás creyendo que tal es el planteamiento que late en la jurisprudencia constitucional⁹, enfocan la ponderación desde la perspectiva de que la pretensión del trabajador debe ser atendida salvo si resulta especialmente gravosa o provoca un daño desproporcionado en la empresa¹⁰, ignorando que la Ley no reconoce el derecho a la adaptación sino el “derecho a solicitarla” y previene para resolver tal solicitud una ponderación cabal, esto es, razonable y proporcionada, entre “las necesidades de la persona trabajadora” y “las necesidades organizativas o productivas de la empresa”.

Con seguridad, la principal dificultad del juicio de ponderación que enfrentan deriva de la falta de concreción legal de los elementos que el juez debe considerar a la hora de arbitrar los intereses en conflicto, carencia que redundará en discrecionalidad judicial y, por ende, es fuente de con-

⁷ Así se deduce del propio art. 139 LJS conforme al cual “el empresario y el trabajador deberán llevar sus respectivas propuestas y alternativas de concreción a los actos de conciliación previa al juicio y al propio acto de juicio, que podrán acompañar, en su caso, de informe de los órganos paritarios o de seguimiento de los planes de igualdad de la empresa para su consideración en la sentencia”.

⁸ JURADO SEGOVIA, A., “La adaptación de condiciones de trabajo por razones de conciliación de la vida familiar y laboral (art. 34.8): puntos críticos a la luz de los pronunciamientos judiciales recientes”, en *Trabajo y Derecho*, 2021, nº 75, pág. 5/25.

⁹ Cuando se trae a colación la jurisprudencia constitucional es obligado considerarla toda. Vid. sobre el particular asimismo la STCo. 24/2011, de 14 de marzo. Como ha sido certeramente apuntado, la jurisprudencia constitucional “únicamente impone una obligación de motivación reforzada, con valoración de las conexiones entre conciliación y no discriminación por razón de género, en los casos en los que se plantee un conflicto (cfr TCo 24/2011, de 14 de marzo)” GOERLICH PESET, J.M, op. cit. pág. 4/6).

¹⁰ Para el detenido análisis de esta jurisprudencia menor y doctrina judicial, remito a JURADO SEGOVIA a quien sigo, Vid. “La adaptación de condiciones de trabajo por razones de conciliación de la vida familiar y laboral (art. 34.8): puntos críticos a la luz de los pronunciamientos judiciales recientes”, en *Trabajo y Derecho*, 2021, nº 75, pág. 5/25 y ss y a su capítulo “Tutela del derecho” en *Registro de la jornada y adaptación del tiempo de trabajo por motivos de conciliación*, cit. págs.. 272 y ss.

flicto. Por lo que respecta a las “necesidades de la persona trabajadora”, los interrogantes que abre el precepto son muchos y de mayor cuantía. ¿Cuáles son los familiares mercedores de las atenciones familiares que permiten recurrir al art. 34.8? ¿Al analizar las “necesidades de la persona trabajadora” puede y/o debe el juez hacer una indagación sobre el conjunto de circunstancias personales y familiares que determinan su situación de necesidad? ¿Puede y/o debe el juez ponderar la situación laboral de su cónyuge o pareja y la de los demás miembros de la unidad familiar y su disponibilidad para atender las necesidades familiares? Pareciera que la ponderación debe realizarse tomando en consideración todos los elementos concurrentes y relevantes en la conciliación de la vida laboral y familiar, entre otras razones porque solo así va a ser posible tutelar la asunción equilibrada de responsabilidades familiares legalmente postulada (art. 44. 1 LO 3/2007, para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres), pero la parquedad del texto legal ha hecho que sobre la cuestión haya abierto un debate judicial. Y lo mismo pasa respecto de “las necesidades organizativas o productivas de la empresa”, ¿debe el juez considerar todas las circunstancias que determinan la realidad organizativa o productiva de la empresa, tales como, por ejemplo, el tamaño de la empresa, los periodos en los que se producen picos de demanda o las repercusiones que para las condiciones de trabajo y empleo de otros trabajadores van a derivarse de la aceptación por la empresa de la propuesta de adaptación del trabajador o, por el contrario, debe decidir sobre la ponderación haciendo caso omiso de estos elementos? También sobre estos extremos contrastan los tribunales¹¹. A mi juicio, puesto que se hace recaer sobre el juez una decisión de dimensión fundamentalmente organizativa, debiera éste adoptarla tomando en consideración todos los elementos relevantes que el empresario considera al adoptar la suya, pero tal extremo debiera aclararlo la Ley.

Indicativo del nivel de incertidumbre al que se enfrenta el juzgador es que en algún supuesto el Tribunal que ha conocido de la petición de adaptación del tiempo de trabajo (en el caso, nada menos que la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura), sobre la base de que no se había producido la negociación individual prevista en la norma, se niega sorprendentemente a ponderar, devolviendo el asunto a las partes y urgiéndolas a seguir negociando. Es, en efecto, el caso de la STJ de Extremadura nº 20/2020, de 13 de diciembre en la que el Tribunal, tras indicar que “no consta que se procediera el proceso de negociador que establece el 34.8 ET”, señala que no puede dar la razón a ninguna de las partes y decide darles “la oportunidad” (sic) de “mediante ese “proceso de negociación” omitido, llegar a un acuerdo y, si ello no fuera posible que lleven al proceso las propuestas que en él hayan podido efectuar, para que puedan ser consideradas adecuadamente”.

Al panorama esbozado, debe añadirse el dato procesal de que, como regla general, las sentencias recaídas en los procesos de conciliación de la vida laboral y familiar no son recurribles (arts. 139.1.b) y 191.2 LJS), lo que hace inviable la unificación de doctrina en este ámbito.

El resultado de este estado de cosas es una situación de notable incertidumbre, que impide saber al trabajador cuándo va a tener derecho a la adaptación y al empresario cuándo está obligado a concederla.

IV. Conclusiones

La Constitución española reconoce un importantísimo papel a la Ley en el desarrollo y tutela de los derechos fundamentales, consecuencia del cual el legislador goza de un amplio margen de discrecionalidad a la hora de ponderar los conflictos que inevitablemente van a plantearse en el ejercicio de

¹¹ Sobre los términos de este debate remito igualmente a JURADO SEGOVIA, A, *Ibíd.*

los distintos de derechos fundamentales. El hecho de que a menudo estos conflictos sean conocidos y resueltos por los Tribunales –ordinarios y Constitucional– a través de los correspondientes juicio de ponderación, no merma los márgenes de discrecionalidad aludidos, ni prefigura los eventuales modelos reguladores de los que pueda echar mano el legislador. Por ser más claro, al regular estos eventuales conflictos el legislador no viene a obligado a remitir a la jurisdicción ordinaria y al casuismo el juicio de ponderación, sino que puede realizar una ponderación propia e incorporarla a la Ley, de suerte que aquella goce de los atributos de generalidad, igualdad y certidumbre jurídica que son inherentes a ésta y contenga o minimice la litigiosidad jurídica. Es lo que ha hecho, por ejemplo, en la regulación de los derechos digitales en la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, en la que tras un largo debate judicial en el que se han visto envueltos, el Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el legislador ha hecho su propia ponderación y ofrecido a los ciudadanos y a los operadores jurídicos la seguridad jurídica que la Constitución afirma garantizar (art. 9.3).

La renuncia por el legislador a ese papel de intermediación que la Constitución le atribuye puede traducirse, y la regulación vigente del derecho a la adaptación del tiempo de trabajo por razones de conciliación de la vida personal y familiar es un ejemplo de lo que digo, en ámbitos de conflicto abierto, que no sirven a una adecuada tutela de los derechos que deben ser objeto de composición a la par que mortifican otros derechos y valores constitucionales.

Decisiones administrativas automatizadas en materia social: algoritmos en la gestión de la Seguridad Social y en el procedimiento sancionador

Algorithm-assisted decision-making in the social matters: management of Social Security and administrative sanctioning procedure

José María Goerlich Peset*

Catedrático Derecho del Trabajo y la Seguridad Social
Universidad de Valencia

ORCID ID: 0000-0002-2910-2153

Recibido: 3/5/2021

Aceptado: 7/5/2021

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2021.6215>

Resumen: El recientemente aprobado Real Decreto-Ley 2/2021 extiende el campo de las actuaciones administrativas automatizadas a la mayor parte de la gestión de la Seguridad Social y las introduce en el procedimiento sancionador en el orden social. En este nuevo contexto, se intenta contextualizar estas novedades, analizando sus precedentes, y, sobre todo, determinar los problemas interpretativos que plantean. En este último terreno, se dispensa una atención especial a las garantías que los ciudadanos tienen en relación con este tipo de decisiones automatizadas.

Palabras clave: decisiones automatizadas, actuaciones administrativas automatizadas, inspección de trabajo, gestión de la seguridad social.

Abstract: The recently approved Royal Decree-Law 2/2021 extends the field of automated administrative actions to most of the management of Social Security and introduces them in the sanctioning procedure in the social order. In this new context, an attempt is made to contextualize these novelties, analyzing their precedents, and, above all, to determine the interpretative problems they raise. In the latter field, special attention is paid to the guarantees that citizens have in relation to this type of automated decisions.

Keywords: automated decisions, automated administrative actions, labor inspection, social security management.

1. Las decisiones automatizadas en el RDL 2/2021

Dentro de los sucesivos hallazgos temáticos relacionados con el impacto de la digitalización en las relaciones laborales, la doctrina jurídico-laboral ha centrado su atención últimamente en las decisiones automatizadas. El desarrollo de la inteligencia artificial y el tratamiento del Big Data posi-

*jose.m.goerlich@uv.es

bilita que se extiendan este tipo de decisiones, adoptadas por algoritmos cada día más complejos. Por supuesto, el descubrimiento de sus potenciales en diferentes facetas de la gestión de personal ha hecho que los iuslaboralistas hayamos vuelto nuestra atención hacia el tema. La doctrina sobre este particular se ha incrementado en los últimos tiempos¹, si bien se ha centrado sobre todo en los límites de su utilización por el empresario con la finalidad de respetar los derechos de los trabajadores. Ahora bien, la temática tiene otras facetas, alguna de las cuales es sumamente importante. Me refiero a su posible utilización por las entidades administrativas que desarrollan su actividad en el ámbito social. Como veremos de inmediato, hace ya más de una década que este tipo de decisiones está presente en nuestra legislación de Seguridad Social. Pero, a diferencia de lo que ocurre entre los administrativistas, que llevan tiempo dedicando su esfuerzo a la reflexión sobre esta cuestión, ello ha pasado relativamente inadvertido entre nosotros.

Creo que esta situación cambiará en el corto plazo como consecuencia de la aprobación del Real Decreto-ley 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo. Ha llamado mucho la atención, en efecto, la incorporación de un nuevo párrafo al art. 53.1.a) LISOS por la DF 4ª RDL 2/2021 que da por supuesta la existencia de actas de inspección “extendidas en el marco de actuaciones administrativas automatizadas”. Pero el alcance de la reforma en este aspecto es más amplio, puesto que afecta también a la gestión de la Seguridad Social: además de la citada modificación de la LISOS que tanto ha llamado la atención, la DF 5ª RDL 2/2021 ha introducido una extensa reforma de la LGSS que afecta a la tramitación de los procedimientos administrativos por las entidades gestoras ya que “la situación de pandemia ha puesto de manifiesto las deficiencias existentes” en ella. En este marco se da nueva redacción al art. 130 LGSS, ampliando los supuestos en los que aquellas pueden recurrir a la utilización de procedimientos administrativos automatizados.

Previamente, el RDL 2/2021 procede a incrementar el volumen de información a disposición de las entidades gestoras de la Seguridad Social y de la Inspección de Trabajo y facilita su tratamiento. Implica, en esta línea, una ampliación de los sujetos obligados a suministrar información, las finalidades para las que puede ser utilizada y la forma de acceso a la misma². Se busca, en pocas pala-

¹ Véanse, sobre el particular, entre otros, TODOLÍ SIGNES, A., “La gobernanza colectiva de la protección de datos en las relaciones laborales: «big data», creación de perfiles, decisiones empresariales automatizadas y los derechos colectivos”, *Revista de derecho social*, 84 (2018), pp. 69 ss, SÁEZ LARA, C., “Algoritmos y discriminación en el empleo: un reto para la normativa antidiscriminatoria”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, 232(2020), pp. 83 ss., y “El algoritmo como protagonista de la relación laboral. Un análisis desde la perspectiva de la prohibición de discriminación”, *Temas laborales* 155 (2020), pp. 41 ss., ÁLVAREZ CUESTA, H., *El impacto de la inteligencia artificial en el trabajo: desafíos y propuestas*, Cizur Menor (Thomson Reuters/Aranzadi), 2020, MERCADER UGUINA J.R., “Algoritmos: personas y números en el Derecho Digital del trabajo”, *La Ley*, Nº 48, Sección Ciberderecho, 24 de febrero de 2021; MOLINA NAVARRETE, C., “«Duelo al sol» (digital). ¿Un algoritmo controla mi trabajo? Sí; a tu empresa también”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, 457 (abril 2021), pp. 5 ss.

² La amplia reforma de la LGSS por la DF 5ª RDL 2/2021 incluye, en primer lugar, la ampliación del número de potenciales obligados a suministrar información a las Entidades Gestoras, hasta convertirlo aparentemente en universal. Si anteriormente, y de acuerdo con su rúbrica, el art. 40 LGSS establecía un “deber de información por entidades financieras, funcionarios públicos, profesionales oficiales y autoridades”, ahora el mismo se imputa a “las personas y entidades sin personalidad, entidades financieras, funcionarios públicos, profesionales oficiales y autoridades”. Desde una perspectiva finalista, se camina igualmente hacia una universalización del uso de la información debida. La redacción anterior de los preceptos reformados delimitaba su alcance sobre la base de su necesidad para la función recaudatoria (cfr. arts. 40.4 y 40.6 LGSS). En la nueva, se establece un vínculo más laxo –“especialmente en el ámbito de la liquidación, control de la cotización y de recaudación de los recursos de la Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta” (art. 40.1, 40.4, 40.6 o 40.7)–; y, además, se presta particular atención al control de las ayudas o subvenciones dispensadas por las entidades gestoras (últimos párrafos añadidos a art. 71.1 letras a] y h]). En términos de procedimiento, por último, se avanza en relación con los instrumentos para el cumplimiento de las obligaciones informativas. Las normas vigentes hasta el RDL 2/2021 ya hacían referencia a que las obligaciones informativas o de

bras, poner a su disposición más datos, hacerlos más fácilmente accesibles y, sobre todo, susceptibles de una mayor utilización. En este último sentido, cabe traer a colación la reforma del art. 77 LGSS, sobre “reserva de datos”, en el que se advierte una ampliación de los supuestos excepcionales en los que la Administración de la Seguridad Social puede proceder a su cesión o comunicación a terceros. Antes del RDL 2/2021, los terceros considerados por el precepto eran ocho; ahora, son ¡catorce! Y el primero que se añade es el Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social que “tendrá acceso directo a los datos, informes y antecedentes obtenidos por la Administración de la Seguridad Social en el ejercicio de sus funciones, que resulten necesarios para la preparación y ejercicio de sus funciones de inspección” (art. 77.1.i] LGSS).

Por supuesto, el aumento de la cantidad de información a disposición de las entidades administrativas implicadas incrementa sus posibilidades de actuación algorítmica. De hecho, como he indicado, el RDL 2/2021 las amplía en el marco de la gestión de la Seguridad Social y las introduce formalmente en el marco del procedimiento sancionador en el orden social. La utilización de algoritmos en los dos ámbitos a los que afecta la regulación del RDL 2/2021 no es estrictamente una novedad. De hecho, las reglas que se contienen en este no son sino la culminación, por ahora, de una evolución que arranca de las dos décadas inmediatamente anteriores. Estamos asistiendo en definitiva a una transición digital de la administración laboral y de seguridad social, que va dejando sus huellas en la normativa aplicable. Por lo que se refiere a la gestión de la Seguridad Social, los comienzos de la digitalización han de ubicarse a mediados de la década de los 90, cuando, sobre la base de la “abierto incorporación de las técnicas informáticas y telemáticas en la relación ciudadano-Administración” que había preconizado la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se dictó la Orden de 3 de abril de 1995 sobre uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en relación con la inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas de trabajadores, cotización y recaudación en el ámbito de la Seguridad Social. Desde entonces la incorporación de innovaciones en las diferentes áreas de la gestión se ha producido sin cesar en un proceso que la Asociación Internacional de Seguridad Social ha calificado como una “historia de éxito” en 2016³. En el ámbito de la garantía administrativa de las normas laborales y de Seguridad Social, la importancia creciente de la digitalización se refleja nítidamente en la definición del sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social. El art. 1.1 Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social –en adelante, LITSS–, integra en él, como hacía su precedente inmediato, el art. 1.1 Ley 42/1997, “el conjunto de principios legales, normas, órganos, funcionarios y medios materiales” que persiguen la consecución de sus finalidades. Pero, entre estos últimos incluye específicamente “los informáticos”. Por supuesto, la incorporación de recursos informáticos y de técnicas de tratamiento masivo de datos a la lucha contra el fraude laboral y de seguridad social se había venido produciendo con anterioridad

cesión de datos se habían de instrumentar “preferentemente por medios electrónicos”. Ahora se añade que “la Administración de la Seguridad Social podrá recabar a través de sus redes corporativas o mediante consulta a las plataformas de intermediación de datos u otros sistemas habilitados al efecto, los datos o la información necesaria para la tramitación de los procedimientos que resulten de su competencia” (art. 40.6 LGSS).

³ Asociación Internacional de Seguridad Social, *10 desafíos mundiales para la Seguridad Social*, 2016 <https://www.issa.int/html/10/images/ISSA-Report-Panama-2016-es.pdf> (consulta 18 marzo 2021). Detalles de esta evolución en RINCÓN MIRÓN, J.A., “La implantación de los procedimientos electrónicos en la Seguridad Social (2013-2016)”, *Revista de Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, número extraordinario *Políticas de empleo y Seguridad Social en la X Legislatura* 2016, pp. 121 ss., o GOERLICH PESET, J.M., “Digitalización, robotización y protección social”, *Teoría y Derecho*, 23(2018) pp. 108 ss. Para un análisis jurídico-positivo del estado de la situación, MERCADER UGUINA, J.R., *Los procedimientos administrativos en materia de Seguridad Social*, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 129 ss.

a la aprobación del texto de 2015⁴ y ha dejado huella también en los sucesivos planes de actuación de la ITSS que se han hecho públicos después, así como en otras disposiciones⁵.

El RDL 2/2021 da un paso más en ambas evoluciones, ampliando la presencia de los algoritmos administrativos en el ámbito social. En este contexto, mi objetivo es doble. Intento, de un lado, ubicar las nuevas reglas en el conjunto del sistema, analizando su origen y los principales problemas interpretativos que plantean. Aspiro, de otro y sobre todo, a reflexionar sobre las garantías en su utilización. En este sentido, no puede perderse de vista que, si bien es cierto que la utilización de los recursos digitales por los entes públicos ha de redundar forzosamente en la mejora de su eficiencia y, por tanto, en una mayor protección de los intereses públicos en juego, no lo es menos que la presencia de la inteligencia artificial en este ámbito no por ello deja de implicar la presencia de riesgos elevados. Así ha sido puesto de manifiesto, con los matices que se quiera, en el Libro Blanco aprobado por la Comisión europea el año pasado⁶.

2. Extensión de las decisiones automatizadas a la gestión recaudatoria de la Seguridad Social

La presencia en la normativa de Seguridad Social de decisiones automatizadas se remonta a 2009, cuando el RDL 10/2009, de 13 de agosto, por el que se regula el programa temporal de protección por desempleo e inserción, añadió al texto refundido de la LGSS entonces vigente una disp. adic. 46^a, sobre “tramitación electrónica de procedimientos en materia de protección por desempleo”. Esta disposición, se proyectaba las normas generales sobre procedimientos administrativos automatizados (Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios

⁴ Referencias en GOERLICH PESET, J.M., “Lucha contra el empleo irregular y el fraude en la Seguridad Social”, *Revista de Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, número extraordinario *Políticas de empleo y Seguridad Social en la X Legislatura*, 2016, pp. 150 ss.

⁵ El Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para el período 2018-2020, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de abril de 2018 (BOE 19 de abril de 2018) contenía un “objetivo 4” dirigido a “mejorar el Sistema de Información y los medios materiales a disposición de la Inspección”. Las líneas 32 ss. incluyen toda una serie de actuaciones en el terreno de la digitalización entre la que destaca la previsión sobre la “Herramienta de Lucha contra el Fraude”, instrumento informático “de carácter predictivo que, mediante el acceso a un conjunto de bases de datos, permita a la Inspección definir, gestionar y visualizar reglas y patrones de fraude mediante modelos avanzados de gestión intensiva de la información disponible” (línea 33). A su través, es posible mejorar sustancialmente la “planificación y programación de la actividad inspectora” a la que se refiere la línea 33.

Además, estas técnicas basadas en el Big Data han posibilitado determinadas actuaciones directas sobre las situaciones de irregularidad. Los Planes de choque desarrollados en el marco del Plan director por un trabajo digno (2018-2019-2020) –Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de julio de 2018, BOE 28 julio– son una muestra de ello. Han implicado la comunicación directa entre la ITSS y las empresas en relación con las posibles situaciones de irregularidad mediante el tratamiento masivo de la información, “informándoles de los datos obtenidos, instándoles a revisar su situación, y advirtiéndoles de la realización de actuaciones inspectoras de comprobación en caso de no regularización” en el plazo de un mes.

En fin, cabe traer a colación la Orden TMS/667/2019, de 5 de junio, por la que se crea el Observatorio para la lucha contra el fraude a la Seguridad Social, le asigna como “objetivos”, entre otros, “proponer la realización de estudios y análisis de datos en el ámbito de la afiliación, cotización y recaudación para identificar posibles conductas irregulares y de fraude, con especial atención a las que tengan repercusión en el régimen económico de la Seguridad Social” y “promover acciones y medidas dirigidas a la prevención del fraude a la Seguridad Social derivadas de los estudios de comportamiento y análisis de los datos disponibles” (art. 3, c] y d]).

Para una valoración de la eficacia del uso de estas técnicas predictivas, TODOLÍ SIGNES, A., “Retos legales del uso del big data en la selección de sujetos a investigar por la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social”, *Revista Galega de Administración Pública*, 59 (2020), pp. 313 ss.

⁶ *Libro blanco sobre la inteligencia artificial: un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza*, 19 febrero 2020, COM(2020) 65 final, pp. 21 ss.

Públicos) a “los procedimientos de gestión de la protección por desempleo previstos en el título III de esta Ley”. En este sentido, el párrafo 2º encomendaba a la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal las misiones de determinar, en la línea de la exigencia del art. 38.2 Ley 11/2007, “el procedimiento o procedimientos de que se trate”; y, en sintonía literal con las previsiones de su art. 39, la de establecer, “el órgano u órganos competentes, según los casos, para la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad y, en su caso, auditoría del sistema de información y de su código fuente. Asimismo, se indicará el órgano que debe ser considerado responsable a efectos de impugnación”⁷.

Con posterioridad, la Ley 34/2014, de 26 de diciembre, de medidas en materia de liquidación e ingreso de cuotas de la Seguridad Social, modificó la mencionada disposición adicional y amplió la posibilidad de tramitación automatizada a la gestión del conjunto de las prestaciones, “excluidas las pensiones en su modalidad no contributiva”. La reforma de 2014 afectó así al título del precepto y al posible objeto de las decisiones automatizadas y supuso una ampliación de las autoridades facultadas para determinar los procedimientos y establecer los órganos competentes: junto al Director General del Servicio Público de Empleo Estatal, se incluían los Directores Generales del Instituto Nacional de la Seguridad Social y del Instituto Social de la Marina. Esta redacción fue incorporada poco después al art. 130 del nuevo Texto Refundido de 2015⁸.

Es este precepto el que ha sido modificado por la disp. final 5ª RDL 2/2021 que, con respecto a la versión precedente, introduce tres novedades. De entrada, desaparece la remisión a la Ley 11/2007. Dado que fue derogada, aun con matices, por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (cfr. disp. der. única, apartado 2), la nueva redacción del art. 130 LGSS remite ahora al art. art. 41.1 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. En segundo lugar, y sobre todo, se amplía el ámbito de aplicación al conjunto de la gestión de la Seguridad Social: si desde 2014, la rúbrica del precepto se refería a la “tramitación electrónica de procedimientos en materia de prestaciones”, desde el RDL 2/2021 alude a la “tramitación electrónica de procedimientos en materia de Seguridad Social”. De este modo, también “los procedimientos de afiliación, cotización y recaudación” pasan a formar parte de aquellos en los que “podrán adoptarse y notificarse resoluciones de forma automatizada”. En fin, como lógica consecuencia de esta ampliación, la Dirección General de la Tesorería General de la Seguridad Social pasa a estar entre las autoridades que pueden delimitar los procedimientos que se automatizan y los órganos competentes para las diferentes funciones a las que se refiere el segundo párrafo del art. 130 LGSS.

A la vista del contenido del art. 130 LGSS, tanto en su redacción actual como en las precedentes, se observa su claro alineamiento con las normas administrativas comunes. En este sentido, no se advierte desviación significativa con respecto a las previsiones del art. 41 Ley 40/2015 –y, antes, de los arts. 38 y 39 Ley 11/2007–. La única diferencia con las reglas administrativas se encuentra en que se concretan las materias a las que puede extenderse la gestión automatizada y se designan las autoridades competentes para determinar los procedimientos y los órganos que gestionan el algoritmo. Habida cuenta la falta de originalidad de la solución, es posible que la presencia de una regla específica en la Ley General de la Seguridad Social se relacione con los problemas históricos respecto

⁷ En ejecución del precepto, se dictaron Resoluciones de 15 de octubre de 2009, del Servicio Público de Empleo Estatal, que procedió a regular “la tramitación electrónica automatizada de diversos procedimientos en materia de protección por desempleo” (BOE 17 octubre), y de 12 de julio de 2010, del Instituto Social de la Marina y del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se regula la tramitación electrónica automatizada de diversos procedimientos en materia de protección por desempleo del Régimen Especial de los Trabajadores del Mar (BOE 16 septiembre)

⁸ En ejecución véase Resolución de 23 de febrero de 2016, del Instituto Nacional de la Seguridad Social, por la que se regula la tramitación electrónica automatizada de diversos procedimientos de gestión de determinadas prestaciones del sistema de la Seguridad Social (BOE 1 de marzo).

de la aplicación de las reglas generales del procedimiento administrativo común en este ámbito⁹. Lo bien cierto es, sin embargo, que, en rigor, resulta completamente innecesaria. Es verdad que la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, sigue reconociendo la prevalencia de la normativa específica en relación con “las actuaciones y procedimientos de gestión, inspección, liquidación, recaudación, impugnación y revisión en materia de Seguridad Social y Desempleo” (disp. adic. 1ª.2.b]). Pero también lo es que las reglas sobre gestión automatizada de los procedimientos administrativos se encuentran ahora en Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que, con carácter general, resulta aplicable a las entidades gestoras y servicios comunes, a través de su equiparación a organismos autónomos, con las salvedades establecidas en su disp. adic. 13ª, que no parecen extenderse al aspecto que nos ocupa. En este contexto, el art. 130 LGSS parece tener un papel estrictamente «declarativo», en el sentido de que, incluso si no existiera, las actuaciones administrativas automatizadas serían igualmente posibles en el marco de la legislación administrativa general. Su única relevancia real se encuentra, según creo, en la prohibición de utilizarlas en relación con las pensiones no contributivas, que ha persistido en las sucesivas redacciones del precepto desde 2009.

3. Algoritmos en el procedimiento administrativo sancionador en el orden social

Por lo que se refiere a la reforma de la LISOS introducida por la DF 4ª RDL 2/2021, persigue según la Exposición de Motivos, “la adecuación del procedimiento administrativo sancionador en el orden social a las posibilidades que las nuevas tecnologías permiten, a través de un procedimiento especial iniciado mediante la extensión de actas de infracción automatizadas, es decir, sin intervención directa de un funcionario actuante en su emisión y sin reducción de las garantías jurídicas de los administrados”. Lo primero se consigue claramente puesto que la nueva redacción del art. 53.1.a) LISOS da carta de naturaleza a las nuevas “actas extendidas en el marco de actuaciones administrativas automatizadas”, que permitirá iniciar procedimientos administrativos sancionadores conforme a las reglas generales (cfr. art. 52.1.a) ET). Lo que no tengo tan claro es que su introducción no suponga algún tipo de “reducción de las garantías jurídicas de los administrados”, aunque sea solo porque la regulación del RDL 2/2021 no incluye regulación alguna para estas nuevas actas, lo que abre problemas importantes de inserción en el sistema preexistente.

3.1. Las nuevas “actas extendidas en el marco de actuaciones administrativas automatizadas” ...

Conviene observar, de entrada, que el RDL 2/2021 no ha establecido una regla similar a la prevenida en el ya examinado art. 130 LGSS en el ámbito de la gestión de la Seguridad Social. En línea con lo que acabamos de ver, el legislador ha considerado probablemente que, aunque la aplicación de las reglas sobre procedimiento administrativo común sea en este ámbito también subsidiaria (cfr. art. 51 LISOS y disp. adic. 1ª.2.c] Ley 39/2015), las reglas generales de los arts. 41 y 42 Ley 40/2015 son directamente aplicables a la actividad de la Inspección. Ello ha permitido orillar la introducción de una norma similar al art. 130 LGSS en la LISOS o en la LITSS. Se ha preferido confiar la determinación de autoridades y procedimientos a una futura modificación del Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de Orden Social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social –en adelante, RGPSOS–, cuya tramitación se encuen-

⁹ Cfr., extensamente, MERCADER, *Los procedimientos administrativos* cit., pp. 71 ss.

tra en marcha desde antes de la publicación del RDL 2/2021¹⁰. En este sentido, el proyectado art. 43 RGPSOS¹¹ encomienda al Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad la generación a través de su sistema de información, mediante actuaciones administrativas automatizadas de “las actas de infracción que resulten pertinentes en virtud de los datos, antecedentes e informes que obren en el mismo, así como en las bases de datos de las entidades que le prestan su auxilio y colaboración”.

En este contexto, lo único que hace el RDL 2/2021 es incorporar la posibilidad de que las actas de infracción sean “extendidas en el marco de actuaciones administrativas automatizadas”, en los términos del art. 53.1.a), segundo párrafo, LISOS. Se ha señalado que la introducción de esta regla de rango legal evita la colisión de este tipo de actuaciones con la reserva de la extensión de actas a los funcionarios integrados en la Inspección de Trabajo (art. 22.5 Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social), que tendría como lógica consecuencia la imposibilidad de iniciación de cualquier procedimiento sancionador sin intervención de estos (art. 52.1.a) LISOS)¹². Esta idea viene confirmada en las ya aludidas actuaciones preparatorias de la modificación del RGPSOS. De aprobarse el proyecto de Decreto, se incorporaría al indicado Reglamento General un capítulo IV, titulado “Del procedimiento sancionador promovido por actuación administrativa automatizada en el ámbito de la Administración General del Estado”. Los futuros preceptos muestran que las actas extendidas como consecuencia de una actuación administrativa automatizada agotan por lo general sus efectos en la iniciación del procedimiento sancionador; y únicamente despliegan efectos adicionales en los casos en los que no se formulan alegaciones frente a ellas, en los que la propuesta de resolución se genera también de forma automatizada (art. 43). Por el contrario, cuando el interesado formula “alegaciones en las que se invoquen hechos o circunstancias distintas a los consignados en las actas, insuficiencia del relato fáctico de la mismas, o indefensión por cualquier causa, deberán asignarse los expedientes a un actuante con funciones inspectoras, para que informe sobre las mismas”; y, a partir de este momento, el procedimiento sigue conforme a las reglas generales (art. 46.3).

A la vista del limitado papel que se asigna a las nuevas actas automatizadas, cabría minusvalorar la importancia de la innovación. Creo, sin embargo, que tiene una trascendencia de primer orden. En este sentido, no se está limitando a trasladar a las infracciones del orden social instrumentos que existen en otros sectores de la actividad administrativa sancionadora. Al contrario, la reforma introducida por el RDL 2/2021 resulta ser pionera: no existen normas legales similares, y ni siquiera se cuenta con ello en el terreno de las oportunidades relacionadas con la automatización. De hecho, aunque la tramitación automatizada se ha incorporado hace tiempo a las infracciones de tráfico constatadas mediante dispositivos de control de imagen y velocidad, la doctrina jurídico-administrativa se limita a poner la selección de objetivos y la detección del fraude como ejemplo del posible papel de algoritmos y big data en el campo sancionador¹³. Por eso, no deja de extrañar la

¹⁰ De acuerdo con la web del Ministerio, el trámite de audiencia e información pública se produjo entre los días 18 y 27 de enero de 2021 (cfr. <https://www.mites.gob.es/es/participacion/informaciones/historico-informacion/index.htm>: acceso 16 marzo 2021).

¹¹ El indicado borrador, de fecha 16 de enero de 2021, puede encontrarse en https://www.mites.gob.es/ficheros/participacion/historico-informacion-publica/2021/Proyecto-RD-sancionesSS_20210118.pdf (acceso: 16 marzo 2021).

¹² IZQUIERDO, M., “La IA en la inspección y sanción de irregularidades en las ayudas sociales y seguridad social”, ponencia en el Congreso (webinar), *Regulación y explotación de big data para los servicios públicos* (2, 9 y 16 de marzo 2021), puede verse en https://www.youtube.com/watch?v=5OGj7TiQQ_0 (acceso 25 de marzo de 2021), aproximadamente desde 19’ 50”.

¹³ Cfr. CERRILLO MARTÍNEZ, A., “El impacto de la inteligencia artificial en el Derecho Administrativo. ¿Nuevos conceptos para nuevas realidades técnicas?”, *Revista General de Derecho Administrativo* 50 (2019), pp. 6 ss. o CORTÉS, O., “Algoritmos y algunos retos jurídico-institucionales para su aplicación en la Administración Pública”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 18(2020), pp. 56 ss.

alegría con la que la novedad se ha introducido, sin reparar en los claros problemas que plantea su ubicación en el conjunto del sistema del procedimiento sancionador en el orden social, que explican seguramente la hostil recepción que con la que ha sido acogida por una parte de los profesionales del sistema de la Inspección de Trabajo¹⁴.

3.2. ... y sus problemas interpretativos

Por otro lado, la brusca irrupción de las decisiones automatizadas en el procedimiento sancionador plantea algunos problemas de envergadura relacionados con el papel que están llamadas a desarrollar. Nada se dice, en primer lugar, respecto del ámbito sustantivo en el que puede recurrirse a ellas. Ni el RDL 2/2021 ni los trabajos preparatorios de la reforma del RGPSOS delimitan el terreno en el que caben procedimientos automatizados. Cabe pensar en la existencia de una estrecha conexión entre la recaudación de la Seguridad Social y la emisión de actas de infracción automatizadas: tanto la Memoria de impacto normativo como la Exposición de Motivos del proyecto de Real Decreto parten de ella¹⁵. Algunos indicios literales podrían apuntar en esta misma línea: al constreñirse las nuevas decisiones automatizadas al “ámbito de la Administración General del Estado” tanto en la rúbrica del futuro Capítulo IX como en el arranque del futuro art. 43 parece estarse pensando exclusivamente en la proyección de las actas automatizadas en ámbitos de competencia estatal. Por otro lado, algunos ilícitos administrativos en materia de seguridad social son idóneos para la activación automatizada del procedimiento sancionador. Señaladamente en el terreno de la recaudación, cabe pensar en una fácil penetración de los algoritmos habida cuenta su intensa digitalización. No resulta difícil aceptar que las reclamaciones de deuda (art. 33 LGSS), que ya están automatizadas, den vida con facilidad a actas igualmente automatizadas con base en el art. 22.3 LISOS.

Sin embargo, nada en el nuevo texto del art. 53.1.a) LISOS nos indica que este tipo de actuaciones automatizadas solo sea posible en esta materia; y los indicios en el futuro reglamento tampoco parecen concluyentes. Seguramente, la referencia a la Administración General del Estado no delimita el ámbito de actuación de las actas automatizadas, sino que acaso se relaciona simplemente con la ubicación del Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social en su ámbito. De este modo, y sin perjuicio de su conexión genética y funcional con la recaudación, nada parece impedir que las actas automatizadas puedan ser utilizados en otros espacios del procedimiento sancionador en el orden social.

¹⁴ En esta línea, véase el comunicado hecho público por la Junta del Sindicato de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social el pasado 26 de enero de 2021 (<https://www.asnala.com/media/docs/corona/573-SITSS-AUTOMATIZACION-SANCIONES.pdf>; acceso 15 de febrero de 2021).

¹⁵ En las consideraciones preliminares del proyecto de Real Decreto, por el que se modifica el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de Orden Social se afirma:

En relación con ello, el análisis masivo de datos para la detección de fraude permite conocer la existencia de posibles incumplimientos de los sujetos obligados, especialmente en materia de Seguridad Social, que provocan perjuicios a los trabajadores afectados y a la propia administración de la Seguridad Social. En ocasiones, la constatación de estos incumplimientos no requiere la intervención directa de ningún funcionario del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Partiendo de esta base, se pone de manifiesto la necesidad de automatizar, en casos concretos, la actividad de la Inspección de Trabajo para poder actuar ante tales incumplimientos.

La conexión entre decisiones automatizadas en el procedimiento administrativo sancionador y los incumplimientos en materia de recaudación de la Seguridad Social puede verse también en la página 4 *Memoria del análisis de impacto normativo* del citado proyecto (https://www.mites.gob.es/ficheros/participacion/historico/informacion-publica/2021/MAIN-RD-sancionesSS_20210118.pdf; acceso: 16 marzo 2021)

En cuanto a los efectos, hemos visto que las nuevas actas extendidas en el marco de procedimientos automatizados tienen, como las ordinarias, el sentido de iniciar el procedimiento sancionador. Pero la principal cuestión es si despliegan también su efecto probatorio típico: la presunción de certeza. La cuestión se presta a la discusión. Es probable que haya que excluir este efecto en atención al lugar en el que han sido reguladas, el art. 53.1.a), sin que se haya producido modificación alguna en los requisitos legales y reglamentarios para que un acta de la Inspección adquiera tan importante efecto. Recuérdese, en este sentido, que la normativa vigente exige para que se produzca la constatación de los hechos por los funcionarios de la Inspección (arts. 53.2 LISOS, 23.I LITSS y 15 RPSOS), de modo que solo los hechos “comprobados directamente” por el funcionario actuante adquieren esta eficacia probatoria (STC 76/1990, de 26 de abril, f.j. 8.B)]. En fin, el hecho de que, en los trabajos preparatorios de la futura reforma reglamentaria, las actas automatizadas mantengan una regulación separada apuntaría también en esta dirección, pues quedarían nítidamente al margen de las extendidas por funcionarios¹⁶. Por eso, ya se ha sostenido que las actas automatizadas carecen de presunción de certeza siendo meras pruebas documentales, cuya eficacia probatoria dependerá de la calidad de los datos que se hayan manejado¹⁷.

Acaso, sin embargo, la cuestión no pueda zanjarse de forma tan rápida. En primer lugar, debe recordarse que el fundamento de la presunción de certeza se ha encontrado tradicionalmente “en la imparcialidad y especialización, que, en principio, debe reconocerse al Inspector actuante” y que, por otro lado, la misma “alcanza no sólo a los hechos que por su objetividad son susceptibles de percepción directa por el Inspector, o a los inmediatamente deducibles de aquéllos, sino también a aquellos hechos que resulten acreditados por medios de prueba consignados en la propia acta, como pueden ser documentos o declaraciones incorporadas a la misma”¹⁸. Si lo pensamos fríamente, no parece existir ningún problema en aceptar que los rasgos de “imparcialidad y especialización” pueden ser predicados de un algoritmo, incluso en mayor medida que de una persona física. Es de notar, por otro lado, que las futuras reglas reglamentarias no arrojan luz adicional sobre este aspecto, a pesar de su capital importancia; y, sin embargo, sí que dejan claro que el acta automatizada, en línea con lo que se exige a los funcionarios, debe recoger los medios de prueba que el algoritmo haya utilizado para su extensión¹⁹. Por último, aunque no por ello menos importante, no puede perderse

¹⁶ Según el proyectado art. 44 RGPSOS las actas de infracción automatizadas “deberán contener los requisitos del apartado 1 del artículo 14, a excepción de los previstos en los párrafos b) y g)”. Si esta última se refiere a la identificación del funcionario actuante y a su firma, que son sustituidas en las actuaciones automatizadas por el Sello Electrónico Cualificado de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (futuro art. 44.3 RGPSOS), aquella alude precisamente a “los hechos comprobados por el funcionario actuante, con expresión de los relevantes a efectos de la tipificación de la infracción, los medios utilizados para la comprobación de los hechos que fundamentan el acta, y los criterios en que se fundamenta la graduación de la propuesta de sanción; asimismo, consignará si la actuación ha sido mediante visita, comparecencia o por expediente administrativo”. A falta de estas menciones, no cabría admitir que surgiera la presunción de certeza por imperativo de las propias reglas reglamentarias (art. 15 RGPSOS).

¹⁷ IZQUIERDO, “La IA en la inspección y sanción” cit., aproximadamente desde 29’ 20”.

¹⁸ Se trata de un lugar común en la jurisprudencia que aplica la presunción de certeza. Véase, por ejemplo, SSTS cont. 8 mayo 2000, rec. 287/1995, o 4 diciembre 2009, rec. 292/2008, con cita de otras muchas. Esta doctrina, firmemente asentada en el orden contencioso, ha sido asumida por el orden social tras la asunción de competencias en este terreno. Véase STSJ Cataluña social 13/2018, 23 abril, con cita de otras muchas, de la que se extrae el fragmento reproducido en el texto.

¹⁹ Sin embargo, el proyectado art. 44.2 establece

Las actas habrán de reflejar los hechos comprobados como resultado de la actuación administrativa, con expresión de aquellos que sean relevantes a efectos de la tipificación de la infracción, los medios utilizados para la comprobación de los hechos que fundamentan el acta y la indicación expresa de que se trata de una actuación administrativa automatizada iniciada mediante expediente administrativo.

de vista que la eficacia probatoria privilegiada puede entrar por la puerta de atrás, en caso de que, sobre la base de las alegaciones emitidas por el interesado, se produzca la intervención personal de un funcionario. Esta se concreta, según el proyectado art. 46.3 RGPSOS, mediante un “informe” en el que, a la vista de la evolución normativa²⁰, podría ser fácil encontrarla si aquel ratificase los hechos delimitados en vía automatizada.

4. Gestión administrativa automatizada y derechos individuales

No cabe poner en cuestión, desde luego, que las decisiones automatizadas se irán incorporando de forma creciente a la gestión administrativa. La de la seguridad social o la intervención administrativa en las relaciones laborales no pueden ser ajenas a esta realidad. En este contexto, parece claro que la cuestión no es tanto discutir su presencia, que a buen seguro se ha de producir antes o después, sino determinar las garantías que la deben rodear. Se trata de encontrar, en otras palabras, un punto en el que el incremento de eficiencia administrativa que su incorporación posibilita no implique sacrificios irrazonables o desproporcionados de las expectativas de los ciudadanos. Lo relevante es, así, la discusión de los límites. Se trata de una idea común en la doctrina jurídico-administrativa que destaca las obvias ventajas que presenta el recurso a la inteligencia artificial en la gestión pública pero también los desafíos que la misma plantea, habida cuenta que sabemos que los algoritmos evolucionarán con autonomía como consecuencia del desarrollo de los mecanismos de aprendizaje profundo y se transformarán paulatinamente en “cajas negras”, de dinámica incomprensible para la inmensa mayoría de los ciudadanos²¹. Se hace preciso, en este contexto, hallar un punto de equilibrio que permita “dotar de seguridad jurídica a las distintas aplicaciones y usos de la inteligencia artificial en las administraciones públicas” y a la vez fomente la innovación y garantice “la rápida adaptación a la evolución vertiginosa de la inteligencia artificial”²². La búsqueda de este punto de equilibrio es, por lo demás, particularmente necesario en supuestos como los que han centrado nuestra atención a raíz de la aprobación del RDL 2/2021. En razón de su temática, la inteligencia artificial muestra ahora su cara menos amable: como consecuencia de la reforma ya no actuará en el terreno del reconocimiento ágil de prestaciones, sino en el ámbito de las decisiones recaudatorias y sancionadoras.

En atención a todo ello, parece necesario terminar estudiando los posibles límites y garantías. A estos efectos, creo que cabe adoptar dos puntos de vista diferentes. De entrada, en un plano subjetivo, podemos verlo desde la perspectiva de los derechos individuales. A través de este primer análisis, cabría identificar remedios al alcance de los ciudadanos en relación con las decisiones administrativas automatizadas que les afecten. Por otro lado, en un terreno más objetivo, es preciso atender a posibles requisitos de funcionamiento de los algoritmos en la gestión pública. Se trata ahora de poner el acento en su control preventivo.

Acaso la identificación en el acta del origen de los datos, junto con la aplicación supletoria del Cap. III RGPSOS –que incluye el art. 15–, pudieron conducir a la aplicación de la presunción de certeza.

²⁰ Inicialmente solo se equiparaban los informes “en los supuestos concretos a que se refiere la Ley Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, consecuentes a comprobaciones efectuadas por la misma, sin perjuicio de su contradicción por los interesados en la forma que determinen las normas procedimentales aplicables” (art. 53.2.II). Pero el listado establecido en la disp. adic. 4ª Ley 42/1997 ha desaparecido de modo que la LITSS vigente parece haber ampliado la equiparación de la eficacia probatoria especial a todos los informes (cfr. art. 23.II).

²¹ CERRILLO, “El impacto de la inteligencia artificial” cit., pp. 3 ss.

²² CERRILLO, “El impacto de la inteligencia artificial” cit., p. 8. En línea parecida, CORTÉS, “Algoritmos y algunos retos jurídico-institucionales” cit, p. 56.

4.1. *Derechos relacionados con la protección de datos personales*

Abordando la primera perspectiva, nuestra atención se vuelve de inmediato a la regulación de las decisiones automatizadas en el marco de la normativa de protección de datos. Sin embargo, en su vigente configuración no permite alcanzar resultados relevantes. Es verdad que, como regla general, este tipo de decisiones están prohibidas por el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos –en adelante, RGPD–. Su art. 22.1 establece, en efecto, que “todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar”. Pero no es menos cierto que, en relación con el tema que nos ocupa, esta regla tiene un efecto muy inferior al que resulta de la lectura rápida de su enunciado. De entrada, en el ámbito concreto en el que se mueven estas reflexiones, es preciso tener en cuenta los límites derivados de su titularidad: el derecho a la protección de los datos únicamente resulta predicable de las personas físicas (cfr. art. 1 RGPD) lo que excluiría la aplicación de esta norma a la mayoría de las empresas por tener la condición de personas jurídicas. No cabe negar que los datos sobre los que se basarán las actuaciones automatizadas en materia de gestión de la Seguridad Social o en el marco del derecho administrativo sancionador en el orden social serán normalmente datos personales de los trabajadores en el sentido del art. 4.1 RGPD. Pero, en atención a este mismo precepto, son estos los interesados que no pueden quedar sujetos, en principio, a decisiones automatizadas con base en el tratamiento de sus datos. El empresario persona jurídica, destinatario normal de las actuaciones recaudatorias o sancionadoras, no sería pues el interesado al que se refiere el art. 22.1 RGPD²³.

En todo caso, y sobre todo, la prohibición de las decisiones automatizadas admite excepciones, entre las que se incluye la posibilidad de que estén autorizadas “por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento” (art. 22.1.b)]. En este último terreno, el art. 23 RGPD permite por vía legislativa, y con ciertas condiciones, introducir limitaciones a los diferentes derechos y obligaciones reconocidos, entre otros, en el citado art. 22 siempre que se busque con ello alcanzar alguna de las finalidades establecidas en el precepto. Y entre ellas se incluyen “otros objetivos importantes de interés público general de la Unión o de un Estado miembro, en particular un interés económico o financiero importante de la Unión o de un Estado miembro, inclusive en los ámbitos fiscal, presupuestario y monetario, la sanidad pública y la seguridad social” (letra e)], así como una “función de supervisión, inspección o reglamentación vinculada, incluso ocasionalmente, con el ejercicio de la autoridad pública” en diferentes casos entre los que se incluyen los contemplados en la citada letra e) (letra h]).

Por supuesto, el hecho de que sean admisibles no implica que no queden sujetas a condicionantes. Es verdad que los establecidos en el art. 22.3 RGPD –“el derecho a obtener intervención humana por parte del responsable, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión”– no resultan directamente aplicables. Sin embargo, sí que lo son la prohibición de incorporar al tratamiento datos de categorías especiales (art. 22.4) y, sobre todo, los criterios generales que condicionan las limitaciones de derechos y obligaciones conforme al art. 23 RGPD. Las decisiones administrativas automatizadas presuponen el tratamiento de datos sujetos a las reglas y principios generales (arts.

²³ Sobre la base del carácter personal de los datos tratados en las nuevas actas automatizadas, se ha sostenido la aplicación del art. 22 RGPD por IZQUIERDO (“La IA en la inspección y sanción” cit., aproximadamente desde 23’ 20”). Más correcto me parece, sin embargo, la aproximación de TODOLÍ, “Retos legales del uso del big data” cit., pp. 318 ss., que limita la posible proyección del art. 22 RGPD a empresarios que sean personas físicas, autónomos y profesionales a los que habría que añadir, como se ha indicado en el texto, a los beneficiarios de prestaciones de la Seguridad Social.

5 ss. RGPD) y no puede establecerse cualquier limitación que los ponga en peligro ni estas pueden introducirse de cualquier modo. Por ello, las decisiones automatizadas que se introduzcan ha de respetar “en lo esencial” los derechos y libertades fundamentales y constituir “una medida necesaria y proporcionada en una sociedad democrática” para alcanzar alguna de las finalidades descritas en el propio precepto (art. 23.1); de otro, la medida legislativa que la autoriza debe incluir una serie de disposiciones específicas que den cumplimiento a los distintos aspectos contenidos en el art. 23.2.

A la postre, pues, parece claro que, en relación con el tema que nos ocupa, no cabe esperar mucho de la configuración actual de la regulación europea de las decisiones automatizadas. La doctrina administrativa que se ha ocupado del tema ha insistido en esta línea, en que no se ha de esperar de aquella una aportación espectacular pues su finalidad no es tanto la protección de los derechos individuales como la constitución y regulación de un mercado único en relación con los datos²⁴. En este contexto, una vez cumplidas las escasas garantías y los mínimos formales impuestos por las normas que hemos analizado, habrá que admitir que las decisiones administrativas automatizadas superan con creces las previsiones del RGPD. Ello nos obliga a mirar hacia otros derechos individuales menos sofisticados, de corte más tradicional.

4.2. Los derechos «tradicionales»

Los que podrían estar en juego protegerían, con toda probabilidad, al conjunto de los posibles afectados por procedimientos recaudatorios o sancionadores, independientemente de que fueran personas físicas o jurídicas. En este sentido, no parece necesario reconstruir a nivel teórico el debate sobre la titularidad de los derechos fundamentales de las personas jurídicas²⁵, habida cuenta de que la jurisprudencia constitucional²⁶ es bastante clara respecto de alguno de los derechos «tradicionales» que pueden ser puestos en riesgo por la intervención de algoritmos en la adopción de decisiones administrativas automatizadas. Estoy pensando, claro está, en los derechos de carácter relacional y procedimental, esto es los vinculados al principio de igualdad (art. 14 CE), a las distintas facetas del proceso debido y a las garantías del ejercicio del poder sancionador (arts. 24 y 25 CE).

Una de las cuestiones más analizadas en relación con las decisiones automatizadas es el de la aparición de discriminaciones algorítmicas²⁷. Aun cuando en teoría, los algoritmos pueden ser programados para ser perfectamente objetivos en la toma de decisiones, en su funcionamiento real se detecta como las decisiones que adoptan pueden incorporar sesgos discriminatorios. Ello puede deberse

²⁴ BOIX PALOP, A., “Los algoritmos son reglamentos: la necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la Administración para la adopción de decisiones”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 1 (2020), pp. 223 ss, en pp. 244 ss.

²⁵ Para la aproximación teórica, véanse, por ejemplo, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Las personas jurídicas no tienen derechos fundamentales: de ninguna clase”, I y II, *Almacén de Derecho* 17 mayo y 8 junio 2020, radicalmente contrario a aceptar la titularidad por las personas jurídicas. Una propuesta interpretativa diferente en GÓMEZ MONTORO, A.J., “La titularidad de derechos de las personas jurídicas: un intento de fundamentación”, *Revista Española de Derecho Constitucional* 65(2002), pp. 49 ss.

²⁶ Se trata de derechos cuya proyección sobre las personas jurídicas no se ha puesto en cuestión, sin perjuicio de la existencia de matices, sobre todo en el caso de la igualdad. Cfr. GÓMEZ MONTORO, A.J., “La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas (Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español)”, *Cuestiones constitucionales* 2(2000), pp. 23 ss.; BASTIDA FREIJEDO, F.J., et al., *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid (Tecnos), 2004, pp. 84 ss.; o DÍEZ-PICAZO, L.M., *Sistema de derechos fundamentales*, 2ª ed., Madrid (Thomson/Civitas), 2005, pp. 133 ss.

²⁷ SAEZ LARA, C., “Algoritmos y discriminación en el empleo: un reto para la normativa antidiscriminatoria”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 232(2020) o SORIANO AZNAR, A., “Decisiones automatizadas y discriminación: aproximación y propuestas generales”, *Revista General de Derecho Administrativo* 56 (2021).

a defectos en su programación o a las dificultades para eliminar los sesgos existentes en el inabarcable mundo del big data. Sea como sea, estos fenómenos se producen y suponen la posible adopción automática de decisiones discriminatorias²⁸. Y no hay ninguna razón para pensar que este tipo de sesgos puedan igualmente aparecer en las decisiones administrativas automatizadas: son buena muestra de ello las prevenciones que se encuentran detrás del reciente pronunciamiento de un tribunal holandés en relación con SYRI, el sistema de inteligencia artificial *Systeem Risicoindicatie* establecido para detectar fraudes, entre otros aspectos, en la percepción de subsidios y beneficios sociales²⁹.

Ciertamente, los perjudicados por los sesgos existentes en la programación o los datos tienen a su disposición la tutela antidiscriminatoria de carácter general. En otras palabras, el solo riesgo de su existencia no es suficiente para impedir la utilización de decisiones automatizadas en la gestión administrativa. Debe tenerse, en cuenta, sin embargo, los especiales problemas que plantea la efectiva defensa en estos casos. A los de carácter general, se añaden otros específicos del contexto en el que se producen estos nuevos sesgos discriminatorios. En el ámbito del big data, el efectivo conocimiento de la existencia de casos resueltos en sentido diferente puede resultar muy complejo o directamente imposible. Por otro lado, la discusión a nivel individual del funcionamiento del proceso que conduce a una decisión automatizada resulta también compleja, si no imposible³⁰.

Por otro lado, en las decisiones administrativas automatizadas el algoritmo sustituye al procedimiento administrativo y, con ello, altera sustancialmente las garantías tradicionalmente establecidas para los administrados. Este tipo de decisiones aparece de forma directa, sin que en su formación se produzca interacción entre aquellos y el funcionario y autoridad competente. A su través, surgirá una decisión dotada de la eficacia privilegiada que le corresponda como acto administrativo, sin que exista contribución significativa del ciudadano. Así, por ejemplo, en el supuesto que nos ocupa, las nuevas actas automatizadas, todas las reglas sobre actuación inspectora (arts. 20 y, sobre todo, 21 LITSS; arts. 8 ss. RGPSOS) quedan sustituidas por el funcionamiento de la “caja negra” algorítmica. Por supuesto, no se trata de una cuestión secundaria puesto que la indicada eficacia privilegiada suele asociarse no solo con la naturaleza pública de la que entidad de la que emana el acto sino también con la vigencia del principio de contradicción antes de su emisión. En esta línea cabe traer a colación la STC 90/1994, de 17 de marzo, en la que se valoró el art. 23, apartado 3, de la entonces vigente LPL (actualmente, art. 23.7 LRJS). Se cuestionaba si la particular eficacia en el proceso que el precepto asignaba a las afirmaciones de hecho contenidas en el expediente se ajustaba o no a la tutela judicial efectiva; y el TC excluyó que el precepto resultara inconstitucional habida cuenta de que la “posibilidad de contradicción en la tramitación del procedimiento y, en concreto, en relación con las afirmaciones de hecho que consten en el expediente, así como la propia finalidad del FOGASA” lo justificarían suficientemente.

La preocupación por la sustitución de las garantías de los administrados por la recopilación y tratamiento de datos y la emisión de decisiones administrativas automatizadas se advierte en la decisión del Consejo Constitucional francés de 27 de diciembre de 2019 (2019-796 DC), en relación con el art. 154 de la Ley de presupuestos de 2020³¹, que posibilitaba que la autoridad fiscal

²⁸ Sobre las diferentes causas que lo producen, cfr. SORIANO “Decisiones automatizadas y discriminación” cit. , pp. 11 ss.

²⁹ Sobre el riesgo de que la discriminación algorítmica se extienda a la actuación de los poderes públicos, véase, en la doctrina laboral, MERCADER, “Algoritmos: personas y números” cit., p. 11. Para un análisis detallado del supuesto y la en COTINO HUESO, L., “«SyRI, ¿a quién sanciono?» Garantías frente al uso de inteligencia artificial y decisiones automatizadas en el sector público y la sentencia holandesa de febrero de 2020”, *La Ley Privacidad* 4, mayo 2020

³⁰ En relación con las específicas dificultades de proyectar las reglas generales de tutela frente a la discriminación sobre las decisiones automatizadas, véase SORIANO “Decisiones automatizadas y discriminación” cit. , pp. 29 ss.

³¹ Más detalles sobre esta resolución, así como una valoración crítica de la presencia de la inteligencia artificial al

procediera a la recopilación y tratamiento de los datos existentes en las plataformas digitales con la finalidad de evitar la evasión tributaria. La resolución sobre su adecuación constitucional ha mirado de forma restrictiva las previsiones del precepto, declarando inconstitucional alguna de ellas por extralimitar las exigencias del principio de proporcionalidad –en la medida que hubiera permitido tratamientos de datos que no resultan estrictamente necesarios sino solo más cómodos (§ 94)– y haciendo mucho hincapié en las garantías establecidas, relacionadas con quién desarrolla el tratamiento, cómo se desarrolla y, sobre todo por lo que aquí interesa, el impacto real sobre los derechos de defensa de los ciudadanos. Es muy ilustrativa en este último punto la parte de la sentencia en que se valora que los datos indiciarios de la infracción fiscal se transmiten al organismo competente para su corroboración y valoración, sin que puedan iniciarse las actuaciones “sin una evaluación individual de la situación de la persona por parte de la administración, que no puede fundarse exclusivamente sobre los resultados del tratamiento automatizado”. Y también que “los datos recogidos sólo pueden utilizarse contra la persona en el marco de un procedimiento de control... respetando el principio de contradicción y los derechos de defensa” (§ 94).

El planteamiento suministra argumentos para discutir la introducción de decisiones automatizadas con carácter general y, particularmente, en los dos terrenos en los que se ha movido el RDL 2/2021. No se olvide que estamos ante actos automatizados que gravan a las personas o implican la iniciación de actuaciones sancionadoras contra ellas; y que en este último caso existen posibilidades de entender que los hechos establecidos por la decisión automatizada ostenten un valor probatorio especial. No es posible por tanto descartar que se abra un conflicto con los derechos procesales y vinculados a la regularidad del ejercicio del poder sancionador (art. 24 y 25 CE). Desde mi punto de vista, sin embargo, no hay que simplificar en exceso el tema. El incremento de la eficacia administrativa es necesario y es, además, una finalidad constitucionalmente protegida (cfr. art. 103.1 CE). En este contexto, cabe prever que se producirá una reinterpretación de los escollos al uso de las decisiones automatizadas que estamos analizando. En este sentido, el solo inicio automatizado de un procedimiento recaudatorio o sancionador no parece desproporcionado en todo caso. Más bien parece que debería ponderarse su razonabilidad en función de los datos que se hayan tomado en consideración y la capacidad del algoritmo para valorar el conjunto de las circunstancias relevantes. Por otro lado, los problemas relacionados con la contradicción pueden ser orillados, como se hace en los trabajos preparatorios de la reforma del RGPSOS, garantizando un sistema adecuado de revisión de la decisión automatizada. Al límite, si se asignara a las declaraciones fácticas de esta un valor probatorio reforzado, creo que acabaremos por asumir un cierto nivel de determinismo tecnológico insistiendo en la necesidad de calidad tanto en los datos como en la forma de diseñar el algoritmo. De hecho, como he apuntado más arriba, existe experiencia de actuaciones automatizadas en el campo del Derecho administrativo sancionador sin que, por lo que he podido ver, su funcionamiento haya sido cuestionado sobre la base de estas razones³².

servicio de la fiscalidad en CALDERÓN CARRERO, J.M., “El encuadramiento legal y límites del uso de herramientas de inteligencia artificial con fines de control fiscal. Análisis de la decisión del Consejo Constitucional francés de 27 de diciembre de 2019 (Décision n.º 2019-796 DC), sobre la Ley de Presupuestos 2020”, *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, 444 (2020), pp. 119 ss. Véase también TODOLÍ, “Retos legales del uso del big data”, cit. pp. 325 ss.

³² Me refiero a los sistemas de control de infracciones de tráfico por control de velocidad e identificación por imagen que dan lugar a denuncias automatizadas de los que dan cuenta los repertorios (entre otras, SSJCA Ciudad Real-1 184/2018, 25 septiembre, Ciudad Real-2 30/2019, 11 febrero, o Murcia 268/2019, 11 diciembre; con anterioridad, STEDH 8 marzo 2012, *Célice contra Francia*, da cuenta ya de la presencia de estas decisiones en este ámbito). Aunque alguna aproximación ha conectado la creciente automatización del sistema sancionador en materia de tráfico con la “eliminación de todos los derechos y garantías constitucionales en los procedimientos sancionadores” (cfr. “Multas de tráfico: el hecho punible y su contraste con el hecho imponible. Notas al nuevo sistema de tramitación automatizada de multas de tráfico”, editorial de la revista *Tráfico y Seguridad Vial* 194/2015), las cuestiones que se discuten en los Tribu-

5. El control de los algoritmos en el Derecho administrativo

No existen, en definitiva, razones relacionadas con los derechos individuales de los administrados que impidan de forma general y abstracta el uso de algoritmos en la gestión recaudatoria de la Seguridad Social o en el procedimiento sancionador en el orden social. Sin embargo, no parece difícil asumir la existencia de riesgos en confiar estos temas –u otros de análoga significación– a decisiones automatizadas. Los posibles efectos sobre la ciudadanía de las actuaciones administrativas automatizadas serán, como mínimo, igual de intensos y, con toda probabilidad, más trascendentes que los derivados de su utilización en las relaciones de carácter privado. Desde este punto de vista, parece razonable pensar que las exigencias aplicables a los poderes públicos han de ser “necesariamente mucho mayores que las que se aplican a las relaciones inter-privatos, sin que sea necesario argumentar en exceso el por qué: baste recordar el carácter imperativo, la nota de coactividad, inherente a todo ejercicio de funciones públicas, máxime si hablamos del ejercicio de funciones de autoridad”³³.

5.1. La normativa sobre actuaciones administrativas automatizadas...

Sin embargo, la atención dispensada por el legislador no ha sido consciente hasta ahora de esta circunstancia; antes al contrario, se ha movido en la línea de ignorarla, en el caso del europeo; o, en el caso del español, en la de ir disminuyendo las garantías inicialmente establecidas³⁴. Ya hemos visto la limitada aplicación de las reglas del RGPD sobre decisiones automatizadas en el ámbito administrativo. Conviene ahora reparar en la anómala evolución regresiva que han sufrido las normas internas sobre el particular. A estos efectos, conviene reparar en los principales hitos normativos que se han producido en las dos últimas décadas.

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que, según su Exposición de Motivos, protagonizó la “abierta incorporación de las técnicas informáticas y telemáticas en la relación ciudadano-Administración”, incluyó en su versión original un art. 45, dedicado a la “incorporación de medios técnicos”. Tras afirmar que las Administraciones Públicas impulsarían “impulsarán el empleo y aplicación de las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y el ejercicio de sus competencias, con las limitaciones que a la utilización de estos medios establecen la Constitución y las Leyes” (apartado 1), preveía que “los programas y aplicaciones electrónicos, informáticos y telemáticos que vayan a ser utilizados por las Administraciones Públicas para el ejercicio de sus potestades, (habrían) de ser previamente aprobados por el órgano competente, quien deberá difundir públicamente sus características”.

En la década siguiente, este último precepto fue derogado por la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, cuyo art. 39 establecía un régimen diferente para las decisiones automatizadas en el ámbito administrativo. En concreto, “en caso de actuación automatizada deberá establecerse previamente el órgano u órganos competentes, según los casos, para la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad y, en su caso, auditoría del sistema de información y de su código fuente. Asimismo, se indicará el órgano que debe ser considerado responsable a efectos de impugnación”.

nales se relacionan con aspectos concretos del funcionamiento de estos sistemas (cfr. SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, B., “Cuestiones controvertidas en la jurisprudencia menor derivadas de la utilización de elementos automáticos en materia de sanciones de tráfico, *Revista Aranzadi Doctrinal* 2/2020).

³³ BOIX, “Los algoritmos son reglamentos” cit., p. 248.

³⁴ BOIX, “Los algoritmos son reglamentos” cit., pp. 223 ss.

Esta regla ha pasado al apartado segundo del art. 41 Ley 40/2015, cuyo apartado primero contiene la definición de esta noción: “cualquier acto o actuación realizada íntegramente a través de medios electrónicos por una Administración Pública en el marco de un procedimiento administrativo y en la que no haya intervenido de forma directa un empleado público”.

Por último, el recientemente aprobado Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos (RD 203/2021, de 30 de marzo) –en adelante, RSPME–, a pesar de su vocación de alcanzar “un marco regulatorio adecuado, tanto con rango de ley como con rango reglamentario, que garantizando la seguridad jurídica para todos los intervinientes sirva a los objetivos de mejorar la eficiencia administrativa para hacer efectiva una Administración totalmente electrónica e interconectada, incrementar la transparencia de la actuación administrativa y la participación de las personas en la Administración Electrónica y garantizar servicios digitales fácilmente utilizables”, no dedica una excesiva atención a las actuaciones que nos interesan. Tras el reconocimiento de que “la tramitación electrónica de una actuación administrativa podrá llevarse a cabo, entre otras formas, de manera automatizada de acuerdo con lo previsto en el artículo 41 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre” (art. 13.1), se limita a determinar la competencia para adoptar la decisión –“en el ámbito estatal la determinación de una actuación administrativa como automatizada se autorizará por resolución del titular del órgano administrativo competente por razón de la materia o del órgano ejecutivo competente del organismo o entidad de derecho público, según corresponda–, explícita la exigencia de publicación –“en la sede electrónica o sede electrónica asociada”– y, además del señalamiento de “los recursos que procedan contra la actuación, el órgano administrativo o judicial, en su caso, ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos”, se abre la posibilidad, no contemplada expresamente en el art. 41.2 Ley 40/2015 “de que las personas interesadas puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno” (art. 13.2). Asimismo, aparece como novedad respecto a este texto legal, la imposición a la resolución que decida la automatización de una determinada actuación, el establecimiento de las “medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos de las personas interesadas”.

5.2. ... y sus insuficiencias

En esta línea, la comparación entre las reglas que inicialmente abordaron el uso de las tecnologías de la información en los quehaceres administrativas permite observar una disminución de garantías en dos terrenos diferentes: el ámbito de aplicación de las reglas legales y la naturaleza de las que se establecen. En el primero terreno, hay que señalar la restrictiva evolución de la noción de decisión automatizada. Las reglas aprobadas inicialmente tenían un ámbito de aplicación mucho más amplio que las vigentes pues, como se ha indicado, se extendían a “los programas y aplicaciones electrónicos, informáticos y telemáticos” que fueran a ser “utilizados por las Administraciones Públicas para el ejercicio de sus potestades”. Sin embargo, desde 2007, se introduce noción abiertamente restrictiva que requiere que, en la adopción del acto de que se trate, “no haya intervenido de forma directa un empleado público”. Obviamente, este cambio de giro tiene una importante consecuencia: allá donde se detecte la intervención humana, desaparecerá todo control sobre el algoritmo pues no resultará de aplicación la regulación legal o reglamentaria. Ello explica, por ejemplo, que el análisis doctrinal haya admitido sin grandes objeciones la utilización de la inteligencia artificial en la detección de objetivos para la actuación inspectora, sobre la base de que, en último término, la decisión de abrirla o no depende del factor humano³⁵. Es claro, sin embargo, que la definición legal de “actuación

³⁵ TODOLÍ, “Retos legales del uso del *big data*” cit., pp. 314 y 315.

administrativa automatizada” incurra en un reduccionismo excesivo: a medida que se desarrolle la inteligencia artificial resultará más difícil aceptar que el empleado público que valida una acción esté en condiciones de explicar y, por tanto, de controlar las decisiones adoptadas por el algoritmo³⁶.

Por otro lado, y, sobre todo, las garantías para la introducción de actuaciones automatizadas son estrictamente formales. De acuerdo con la literalidad del art. 41.2 Ley 40/2015 son únicamente subjetivas, relacionadas con la necesidad de establecer previamente “el órgano u órganos competentes, según los casos, para la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad y, en su caso, auditoría del sistema de información y de su código fuente” así como la del que deba “ser considerado responsable a efectos de impugnación”, si bien, como he indicado, el precepto presupone la publicidad de la decisión, como acaba de confirmar el art. 13 RSPME. Fuera de estos dos aspectos, no existen límites objetivos ni procedimentales para las resoluciones de las Administraciones que acuerden automatizar alguna de sus actuaciones. En el primer sentido, no existe ningún tipo de delimitación de las cuestiones susceptibles de tratamiento automatizado por razón de la materia o en atención a la naturaleza y características de la decisión de que se trate. En el segundo, parece que el precepto abre un espacio libérrimo para la determinación del algoritmo: frente a la normativa anterior –que requería la difusión pública de las características de las aplicaciones–, no se prevé ahora criterio alguno en relación con el modo en que se determina el algoritmo que adoptará el acto automatizado ni se prevé nada con respecto a la forma en que puede procederse a la verificación de su funcionamiento. Tan graves carencias han sido denunciadas, como se expondrá a continuación, por la doctrina administrativa; y con toda probabilidad se encuentran detrás de la tímida inflexión que ha protagonizado el art. 13.2 RSPME. La admisión de la posibilidad de ejercitar cualquier otro recurso por las personas y la necesidad de establecer “medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos de las personas interesadas” parecen mirar en la línea de incorporar algunas de las críticas y sugerencias que se han movido al art. 41.2 Ley 40/2015. Aunque a la vista de la vaguedad del inciso, hay que hacer un cierto esfuerzo para darse cuenta.

En este sentido, se ha insistido en la necesidad de extremar las precauciones en relación con la incorporación de decisiones automatizadas a los procedimientos administrativos. La utilización en este terreno de la inteligencia artificial implica suficientes riesgos como para afirmar la necesidad de aplicar un principio de precaución³⁷. A partir de esta idea, y de las exigencias de transparencia que deben presidir la actuación administrativa, una extensa serie de trabajos han señalado múltiples aspectos que permitirían ajustar las decisiones algorítmicas a los valores humanos. Los mismos incluyen desde las exigencias de depuración de los datos que pueden ser considerados, hasta la necesidad de aportación de una dimensión ética en el desarrollo de la inteligencia artificial, pasando por la exigencia de específicas valoraciones de riesgos, la necesidad de desarrollar pruebas en entornos seguros o la constitución de organizaciones específicas dedicadas a estas cuestiones³⁸. Sin entrar en este terreno, creo que resulta interesante, a los efectos perseguidos en este trabajo, hacer hincapié en tres

³⁶ Por todos, VALERO TORRIJOS, J., “Las garantías jurídicas de la inteligencia artificial en la actividad administrativa desde la perspectiva de la buena administración”, *Revista catalana de Dret Públic*, 58(2019), pp. 81 ss. (p. 97). Para una crítica similar, en relación con la interpretación estricta que realizan las administraciones competentes en el ámbito fiscal, OLIVARES OLIVARES, B.D., “Transparencia y aplicaciones informáticas en la Administración tributaria”, *Crónica Tributaria* 174(2020), pp. 89 ss. (pp. 95 ss.).

³⁷ Por ejemplo, PONCE SOLÉ, J., “Inteligencia artificial, derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico”, *Revista General de Derecho Administrativo* 50 (2019), pp. 28 ss. o BOIX, “Los algoritmos son reglamentos” cit., pp. 224 ss.

³⁸ Al respecto, CERRILLO “El impacto de la inteligencia artificial en el Derecho Administrativo” cit., pp. 14 ss., CORTÉS, “Algoritmos y algunos retos jurídico-institucionales” cit., pp. 58 ss. o PONCE SOLÉ, J., “Inteligencia artificial, derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico”, *Revista General de Derecho Administrativo* 50 (2019), en pp. 48 ss.

exigencias apuntadas por la doctrina que no se encuentran claramente establecidas en la regulación legal y reglamentaria aplicable.

En primer lugar, el principio de precaución parece imponer restricciones respecto de las decisiones que pueden ser objeto de automatización, tomando en consideración el desarrollo de la inteligencia artificial y también la naturaleza de la actuación administrativa de que se trate. El derecho comparado muestra, en este sentido, la prohibición de automatizar determinado tipo de decisiones, las que incorporen valoraciones discrecionales³⁹; y en la reflexión teórica se ha apuntado a la necesidad de mantener una reserva de humanidad en estos casos⁴⁰. En nuestro derecho vigente queda en manos de la propia Administración la determinación de los ilícitos en los que puede ser utilizada la inteligencia artificial. Cabe confiar en que la Administración actúe razonablemente; pero sería interesante que estuviera obligada a hacerlo.

Por otro lado, el principio de transparencia impone necesariamente abrir la posibilidad de verificar el funcionamiento interno del procedimiento automatizado. La sustitución de las normas legales de 1992 por las de 2007 propició que esta garantía quedará profundamente afectada pues, aunque el vigente art. 41.2 Ley 40/2015 alude a “la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad y, en su caso, auditoría del sistema de información y de su código fuente”, referencia todos estos aspectos a la decisión del órgano competente para decidir que una determinada actuación pase a ser automatizada y no los constituye en objeto de una obligación de información para la Administración o un derecho de acceso para los interesados. La doctrina administrativista se ha movido en la línea de entender que este derecho de acceso a la información ha de ser reconocido, sin que sean convincentes los argumentos que suelen manejarse para rechazar su existencia o para justificar la reducción de su alcance: la protección de la propiedad intelectual y las propias dificultades de explicar sencillamente el funcionamiento de la inteligencia artificial⁴¹. En esta línea, a pesar de que en muchas ocasiones las resoluciones administrativas en las que se autorizan actuaciones administrativas automatizadas, se limitan a informar de su existencia, sin dar más explicación respecto al funcionamiento de las aplicaciones informáticas utilizadas que la función genérica a que la sirven, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, en el marco del control derivado de la Ley 19/2013, ha considerado, sobre la base del derecho de acceso a la información pública (arts. 12 ss.) que la obligación informativa es más amplia⁴². El recientemente aprobado RSPME avanza en esta línea. Además de explicitar la necesidad de publicación de las resoluciones que autoricen actuaciones administrativas automatizadas (art. 13.2), se establece un contenido mínimo para la publicación: el “contenido” de toda sede electrónica incluye una “relación actualizada de las actuaciones administrativas automatizadas”, cada una de las cuales

³⁹ Es la regla vigente en Alemania (cfr. BOIX, “Los algoritmos son reglamentos” cit., p. 231). No siempre las reglas comparadas recogen expresamente esta idea (algunas regulaciones en PONCE “Inteligencia artificial, derecho administrativo” cit., pp. 28 ss.).

⁴⁰ PONCE “Inteligencia artificial, derecho administrativo” cit., pp. 28 ss.

⁴¹ A favor del acceso total, BOIX, “Los algoritmos son reglamentos” cit. pp. 254 ss. Algo más matizado, considerando que la información a suministrar ha de ser “accesible y limitada” –aunque se admite que se haya de ponderar el acceso pleno si es “determinante para luchar contra un acto administrativo ilegal”, CHAVES, “Regreso al futuro” cit., p. 31. Sobre la necesidad de transparencia en el ámbito laboral,). MOLINA NAVARRETE, C., “«Duelo al sol» (digital). ¿Un algoritmo controla mi trabajo? Sí; a tu empresa también”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 457 (2021), pp. 5 ss. (pp. 18 ss.).

⁴² Se trata de cuestión planteada en el ámbito estrictamente tributario, en el que existe una norma específica que combina preceptos que responden al esquema de 1992 con otros que podrían vincularse al de 2007 (art. 96 Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria). La publicación es, no obstante, muy genérica (OLIVARES, “Transparencia y aplicaciones informáticas” cit., pp. 98 ss.). La resolución a la que se alude es la 825/2019 de 13 de febrero de 2020.

“se acompañará de la descripción de su diseño y funcionamiento, los mecanismos de rendición de cuentas y transparencia, así como los datos utilizados en su configuración y aprendizaje” (art. 11.1.j)). Queda por saber si esta información será suficiente para posibilitar el control efectivo por los afectados o si, por el contrario, si estos pueden aspirar a obtener informaciones adicionales para defender sus expectativas legítimas.

Una cuestión adicional de sumo interés es si las exigencias de publicidad o los derechos de acceso a la información admiten excepciones por razón de la materia. Con carácter general, varios de los ítems incluidos como “límites al derecho de acceso” por el art. 14.1 Ley 19/2013 pueden actuar como obstáculo para reconocerlo en supuestos como los que son objeto de este trabajo. En concreto, las letras e) y g) –respectivamente dedicadas a “prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios” y “funciones administrativas de vigilancia, inspección y control”– permitirían excluir del indicado derecho las actuaciones automatizadas en materia recaudatoria o sancionadora en el ámbito social. En el marco de la normativa tributaria, existen en esta línea reglas reglamentarias que excluyen de toda publicidad aplicaciones y algoritmos relacionados con las actuaciones inspectoras (art. 170.7 Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio). Una parte de los analistas ha aceptado la corrección de este tipo de restricciones a las obligaciones informativas de las Administraciones con la finalidad de evitar la evasión fiscal⁴³ o, por lo que a nosotros interesa, de eludir la acción de la Inspección de Trabajo o adoptar otras conductas estratégicas al respecto⁴⁴. Sin embargo, existen tomas de postura más cautelosas que hacen hincapié en que una cosa es limitar el derecho de acceso en el caso de que estén en juego estos intereses jurídicos –que, en ningún caso, podría hacerse de forma absoluta (arg. ex art. 14.2 Ley 18/2013– y otra diferente eludir las concretas exigencias de transparencia del funcionamiento de la inteligencia artificial que imponen la “publicidad activa” de las características de funcionamiento del algoritmo⁴⁵. Encontrar un punto de equilibrio en este concreto terreno es, probablemente, un serio desafío para la reflexión futura.

Un último aspecto, aunque no por ello menos importante, se relaciona con las garantías de la puesta en marcha de las actuaciones automatizadas. Como hemos visto, la normativa legal y reglamentaria vigente parte de la discrecionalidad de los entes administrativos a la hora de acordarla. De este modo, no existe ningún control previo que pueda prevenir las eventuales insuficiencias del diseño. Solo es posible reparar sus consecuencias a posteriori, mediante la discusión en vía administrativa o judicial de los concretos actos emitidos por el algoritmo. Sin embargo, como se ha comentado al analizar las actuaciones automatizadas desde la perspectiva de los derechos individuales, este control a posteriori puede ser extraordinariamente difícil o directamente imposible para los particulares afectados. Para evitar ese problema, se ha planteado la posibilidad de que los algoritmos que posibilitan la adopción de decisiones administrativas automatizadas deben ser tratados como reglamentos administrados. Se trata de una sugerente interpretación, cuya consecuencia inmediata es sujetar las resoluciones de los entes públicos previendo el recurso a actuaciones administrativas automatizadas al régimen de garantías que presiden la elaboración de las normas reglamentarias (arts. 128 ss. Ley 39/2015); y, adicionalmente, sujetarlas a otras reglas o principios generales que afectan los reglamentos, señaladamente la inderogabilidad singular (art. 37.1 Ley 39/2015) y la posibilidad de recurso directo, con independencia de su aplicación⁴⁶.

⁴³ CHAVES, “Regreso al futuro” cit., p. 31.

⁴⁴ TODOLÍ, “Retos legales del uso del *big data*” cit., pp. 323 y 324.

⁴⁵ VALERO, “Las garantías jurídicas de la inteligencia artificial” cit., p. 89.

⁴⁶ BOIX, “Los algoritmos son reglamentos” cit., pp. 250 ss.

Es verdad que la asimilación de los algoritmos a los reglamentos es objeto de discusión en la doctrina administrativista. Pero no lo es menos que, incluso quienes la rechazan, son partidarios de extender garantías similares a los procedimientos de introducción de actuaciones automatizadas⁴⁷. La ventaja de la asimilación es que el procedimiento queda ya sujeto a los “principios de buena regulación” del art. 129 –que suministran criterios para resolver algunos de los problemas derivados de la magra regulación actual– y a las exigencias de “participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de normas con rango de Ley y reglamentos” contempladas en el art. 133 Ley 39/2015. Habida cuenta de los crecientes problemas que planteará la comprensión del funcionamiento de la inteligencia artificial y de sus sistemas de calidad, la existencia de un momento previo a la introducción de la actuación automatizada en el que las representaciones de los intereses colectivos puedan contrastarlo aparece como una exigencia ineludible. Como lo es, en fin, la posibilidad de que estas mismas representaciones, que cuentan con mayores medios, puedan llevar directamente ante los tribunales los algoritmos que puedan generar decisiones discriminatorias o ilegales por cualquier otra causa.

6. Consideraciones finales

Tras el análisis desarrollado, es el momento de volver a las novedades introducidas por el RDL 2/2021 respecto de las actuaciones automatizadas en materia social y proceder a su valoración. Su Exposición de Motivos alude, en relación con estas y las innovaciones conexas, a la necesidad de “actuar con la suficiente agilidad”, a la adecuación del procedimiento administrativo “a las posibilidades que las nuevas tecnologías permiten” o a “garantizar la eficaz gestión de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social”; y no puede ponerse en duda de que la extensión de las actuaciones automatizadas se mueve en esta línea. Pero, como indiqué más arriba, el preámbulo normativo insiste también en que este efecto se produce “sin reducción de las garantías jurídicas de los administrados”, y esta segunda afirmación sí que suscita algunas objeciones.

Desde mi punto de vista, solo es cierta desde una perspectiva formal. Es, sin embargo, mucho más discutible si la valoramos desde un punto de vista material. La incorporación de algoritmos al procedimiento administrativo se adecúa, desde luego, a las reglas establecidas con carácter general, tanto en el ámbito europeo como en nuestro ordenamiento interno. Desde ese punto de vista, no se ha producido la indicada “reducción de las garantías jurídicas”. Sin embargo, esta conclusión, a mi juicio, solo puede aceptarse si le damos un significado formal puesto que todo indica que el régimen jurídico vigente no integra, de verdad, un marco razonablemente protector de los intereses de los administrados en relación con la inteligencia artificial. Sabemos, en primer lugar, que decisiones automatizadas, en el sentido del art. 22 RGPD, ya se están utilizando con anterioridad, como puede comprobarse en las correspondientes sedes electrónicas. Pero, como hemos visto, la restrictiva noción de actuación administrativa automatizada las deja huérfanas de todo régimen jurídico. En segundo lugar, parece necesario delimitar adecuadamente los supuestos en los que procede recurrir a las actas automatizadas, en atención a la naturaleza de las infracciones y del desarrollo actual de la tecnología. Solo en este caso, según creo, se garantizaría adecuadamente que su introducción se produzca, según la aspiración expresada por el propio legislador, sin reducción de las garantías jurídicas de los administrados. Pero, como hemos visto, no existen en nuestro ordenamiento límites

⁴⁷ CHAVES, “Regreso al futuro de las Administraciones Públicas”, pp. 11 ss. Véase también PONCE, “Inteligencia artificial, derecho administrativo y reserva de humanidad” cit., pp. 34 ss., que sostiene, sin embargo, la asimilación indicada en el texto.

específicos al respecto. Por último, y no por ello menos importante, no parece existir suficiente transparencia en la implantación de las actuaciones automatizadas ni relación con la difusión de las características de los algoritmos que las posibilitan. El ordenamiento administrativo general no la garantiza. Pero no por ello deja de ser necesaria, sobre todo habida cuenta la difícil inserción en el sistema normativo previo con los consiguientes problemas interpretativos. En este contexto, es claramente retórica la “duda” que se ha planteado uno de los primeros comentarios del RDL 2/2021 sobre si su incorporación “no debería haber cobrado más protagonismo y haber estado dotada de una regulación más completa e integral”⁴⁸.

Esta impresión se acentúa si tomamos en consideración dos circunstancias más. La primera, en la que no insistiré porque a estas alturas es una batalla perdida, se relaciona con la vía que se ha utilizado para instrumentar la reforma: la aprobación de un Decreto-Ley que, para más inri, constituye un buen ejemplo de norma ómnibus. En cuanto a la segunda, se relaciona con la manifiesta asimetría que se ha producido en la regulación de los algoritmos en el ámbito social según funcionen en el ámbito de las relaciones privadas o públicas. En este sentido, según parece, la nueva letra d) del art. 64.4 ET, introducida por el RDL 9/2021, de 11 de mayo, reconoce el derecho del comité de empresa a “ser informado por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles”. Nada parecido se ha previsto con los que utilizan las entidades administrativas competentes en materia social.

Se trata acaso de una situación provisional. En el momento de cerrar este trabajo se ha hecho público el proyecto de Reglamento europeo sobre Inteligencia artificial. Quizá su aprobación implicará la aparición de nuevas reglas que superen estas anomalías. Entre tanto, habría que ser más cuidadoso, habida cuenta los potentes riesgos que puede tener su utilización⁴⁹.

⁴⁸ MERCADER, J.R., “Algoritmos: personas y números” cit.

⁴⁹ Cfr. las interesantes reflexiones de BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I., “Big data, algoritmos y actas de infracción automatizadas: ¿un nuevo paradigma en la imputación de responsabilidad en el procedimiento sancionador del orden social?”, blog *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 29 abril 2021 (<https://ignasibeltran.com/2021/04/29/big-data-algoritmos-y-actas-de-infraccion-automatizadas-un-nuevo-paradigma-en-la-imputacion-de-responsabilidad-en-el-procedimiento-sancionador-del-orden-social/>).

Contrato fijo de obra: fijación y revelado de una especial figura contractual en la era digital

Fixed contract for a specific work in the construction industry:
fixing and developing the image of an special employment
contract in the digital age

David Lantarón Barquín*

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

ORCID ID: 0000-0002-7851-4066

Recibido: 20/4/2021

Aceptado: 12/5/2021

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2021.6216>

Resumen: El contrato fijo de obra, estandarte del sector de la construcción, es una figura controvertida en su naturaleza, que representa como acaso pocas otras el choque entre la categorización jurídica y la realidad negocial y del mercado de trabajo, avalada ésta, en principio, por el fin de tutela del trabajador. Con antecedentes en la Ordenanza de la Construcción, Vidrio y Cerámica del año 70 y anclaje en la LSC y en el ET, entre otras normas, ha sido atendida en el nivel negocial estatal ininterrumpidamente, destacando su cuestionada condición de modulación del contrato de obra o servicio determinado, refrendada no obstante por nuestro Tribunal Supremo, y el singular régimen de duración del contrato. Un tratamiento jurídico que deja tras de sí un reguero de incertidumbres, que conjuntamente con los pronunciamientos judiciales, son abordadas en el presente estudio.

Palabras clave: contrato fijo de obra, contrato de obra o servicio determinado, construcción.

Abstract: The fixed contract for a specific work in the construction industry, a flagship of this sector, is a controversial figure in its nature, which represents, as perhaps few others, the clash between legal categorisation and the reality of the business and labour market, the latter backed, in principle, by the aim of protecting the worker. With antecedents in the Construction, Glass and Ceramics Ordinance of 1970 and anchored in the LSC and in the ET, among other regulations, it has been uninterruptedly dealt with at the state negotiating level, highlighting its questioned condition of modulation of the contract for a specific work or service, endorsed however by our Supreme Court, and the singular regime of duration of the contract. A legal treatment that leaves behind a trail of uncertainties, which, together with the pronouncements of the courts, are addressed in this study.

Keywords: fixed contract for a specific work, employment contract for a specific work or service, construction industry.

*lantarond@unican.es

1. Escenario jurídico del contrato fijo de obra

El llamado contrato fijo de obra es una realidad presente en el panorama jurídico-laboral del sector de la construcción de nuestro país desde hace ya tiempo. El propio Tribunal Supremo advierte en su Sentencia (Social) de 30 junio 2005 (R. Ud. 2426/2004)¹, señera en esta materia, que el régimen convencional asume “lo que constituye en dicho sector una antigua y pacífica práctica contractual, la prestación por el trabajador fijo de obra de sucesivos servicios en otras distintas de la contratada, que ya encontraba apoyo legal en el art. 43 de la antigua y derogada Ordenanza de Trabajo de la Construcción del año 70”. Ordenanza del Trabajo en la Construcción, Vidrio y Cerámica, de 28 de agosto de 1970, que es, en especial sus artículos 42 y 43, relevante, pese a su derogación, para entender el régimen jurídico actual de esta figura².

Contrato fijo de obra cuya trascendencia se ve acrecentada por la importancia histórica de este sector en España. Sector que “ha sido durante décadas el principal trampolín de la economía y el instrumento generador básico de ocupaciones en nuestro país”, entrando en una acusada recesión a partir del año 2008, motivada por la crisis financiera. Una recesión que revierte ligeramente desde el año 2014 y más claramente en el año 2018, pero que encuentra un nuevo y trascendente paso atrás desde el RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE de idéntica fecha). Siendo igualmente de destacar el cambio de rumbo del sector hacia un modelo más sostenible iniciado en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (BOE, 5 de marzo)³.

Se trata, pese a ello y sin lugar a la más mínima duda, de una realidad controvertida, si bien amparada por la legislación estatal en la DA tercera Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción (BOE, 19-X), de rúbrica “Negociación colectiva y calidad en el empleo”. Ley que vino “a sancionar legalmente la antigua práctica convencional”⁴. Una realidad controvertida por su cuestionado quebranto a la causalidad de la contratación temporal y por la influencia que tiene en la altísima tasa de temporalidad del sector.

Disposición Adicional que, “con el objetivo de mejorar la calidad en el empleo de los trabajadores que concurren en las obras de construcción y, con ello, mejorar su salud y seguridad laborales”, habilita a la negociación colectiva de ámbito estatal del sector de la construcción para “adaptar la modalidad contractual del contrato de obra o servicio determinado prevista con carácter general mediante fórmulas que garanticen mayor estabilidad en el empleo de los trabajadores, en términos análogos a los actualmente regulados en dicho ámbito de negociación”. Una finalidad de la que, como es natural, se hace eco esta negociación colectiva. Y que atestigua la doctrina judicial⁵.

¹ Objeto de comentario, entre otros, por SEMPERE NAVARRO, A.V., “Contratación como fijo de obra para varias edificaciones indeterminadas. Comentario a la STS de 30 de junio de 2005”, *Aranzadi, Repertorio de Jurisprudencia*, 2005, vol. VII, Estudios, núm. 46, págs. 21737 a 21747.

² Como con lucidez atestigua la doctrina. Véase al efecto ARAGÓN GÓMEZ, C., “El contrato fijo de obra en el nuevo convenio de la construcción, ¿un mecanismo de estabilidad en el empleo?”, *Relaciones laborales*, ISSN 0213-0556, núm. 1, 2008, apartado II.1.

³ Párrafo que trata de acrisolar las reflexiones de RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Sostenibilidad laboral en el sector de la construcción: la estabilidad en el empleo como premisa”, *Temas Laborales*, núm. 152, 2020, pp. 14 a 20. Entrecomillado, página 14. Destaca también la autora que este sector no constituía, a resultas del RD 463/2020, actividad interrumpida pero tampoco se declaraba esencial.

⁴ LUJÁN ALCARÁZ, J., “El contrato fijo de obra del sector de la construcción en la reforma laboral de 2010”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* num.12/2010, epígrafe 4.

⁵ La STSJ de Cataluña (Social) núm. 7284/1999, de 21 octubre, estima así, como botón de muestra, acrisolando las ideas expresadas, que esta modalidad contractual no es contraria “a las normas de derecho necesario contenidas en el art. 15 del Estatuto de los Trabajadores”, subrayando, en relación con un convenio provincial pero plenamente extrapolable, que la finalidad es “flexibilizar de alguna forma la contratación de trabajadores en un sector tan singular como el de la construcción, suprimiendo la necesidad de formalizar diferentes contratos para cada una de las obras, y lo que es más importante, contando siempre con el consentimiento del

Más allá de aquella precisión legal —y de las que citamos de inmediato—, y a su amparo, el régimen jurídico del contrato fijo de obra descansa esencialmente en la autonomía colectiva. Como se viene a reconocer en la DA tercera ET, “lo dispuesto en el artículo 15.1.a) y 5 y en el artículo 49.1.c) se entiende sin perjuicio de lo que se establece o pueda establecerse sobre la regulación del contrato fijo de obra, incluida su indemnización por cese, en la negociación colectiva de conformidad con la disposición adicional tercera de *aquella* Ley 32/2006”. DA tercera ET que sucede a la DA primera, número 2, de la Ley 35/2010, de rúbrica “Negociación colectiva y modalidades contractuales”, y que prácticamente reproduce su contenido, aludiendo ya expresamente a la figura a estudio.

Y, en efecto, la negociación colectiva a distintos niveles ha prestado una gran atención a esta figura. Centraremos, no obstante, este análisis en la negociación colectiva sectorial estatal, aquella invitada por la LSC a adaptar el contrato de obra o servicio determinado en este sector. Regulación convencional al decir de autorizada doctrina “muy elaborada”, que regula en detalle las condiciones de trabajo del sector a la par que “articula y estructura la negociación colectiva de ámbitos geográficos inferiores (provinciales o, en su caso, de Comunidad Autónoma)” y “produce una gran homogeneización de las condiciones de trabajo”⁶.

Por supuesto, el hecho de centrarnos en la negociación colectiva sectorial estatal no prejuzga la trascendencia, ni mucho menos obvia la existencia, de previsiones en la negociación colectiva, particularmente sectorial, a un nivel inferior. Negociación que, atendiendo a la doctrina judicial, podría incluir diferencias relevantes en algún aspecto⁷.

Pues bien, aquella negociación colectiva sectorial estatal acoge, desde su primera versión, este contrato. Destinando a regular el mismo un régimen jurídico apenas disperso en su seno. De hecho, se vertebra desde el claro protagonismo de una específica atención en un artículo dedicado al mismo. Y, en consecuencia, intitulado bajo su denominación⁸. Conjuntamente con este específico tratamiento, esta sucesión de convenios contempla el contrato fijo de obra en un número mínimo de otros preceptos. Preceptos cuyo régimen jurídico no tiene el mismo por objeto principal. En este caso, la continuidad no cubre la totalidad de las referencias convencionales advertidas.

trabajador cuya oposición impediría al empresario ejercitar esta posibilidad”. Afirmo también que con ello “se facilita una mayor estabilidad en el empleo de los trabajadores; imponiendo en todo caso como cautelas especiales la limitación a tres años, y como ya hemos dicho, la imprescindible conformidad del propio trabajador”. En idéntico sentido, la STSJ de Andalucía, Granada (Social, Sección 1ª) núm. 1854/2017, de 8 septiembre, manifiesta que “se está en presencia de una modalidad contractual específica para las obras en construcción que tuvo como finalidad acabar con la precariedad laboral en el indicado sector, lo que le hace ser diferente en su estructura y contenido del resto de contratos temporales”.

⁶ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Sostenibilidad laboral en el...”, pp. 27 y 28.

⁷ La STSJ de Navarra (Social, Sección 1ª) núm. 100/2006, de 24 abril, como botón de muestra, manifiesta que existe en ocasiones una disparidad de criterios en las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia sobre aspectos de este contrato “propiciada en la mayoría de los casos por los dispuesto en los Convenios Colectivos Provinciales”.

⁸ Concretamente, en los siguientes artículos nucleares: 8 del Acuerdo estatal sectorial de 1989 para el sector de la construcción, cuya publicación se ordena mediante Resolución de la DGT, de 7 de marzo de 1989 (BOE, 22.III; AESC-1989); 8 del Acuerdo Estatal Sectorial de la Construcción para 1990, cuya publicación se ordena mediante Resolución de la DGT, de 1 de marzo de 1990 (BOE, 13-III; en adelante, AESC-1990); 29 del Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción de 10 de abril de 1992, cuya publicación se ordena mediante Resolución de la DGT de 4 de mayo de 1992 (BOE, 20-V, en adelante CGSC-I); 28 del Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción, publicación ordenada mediante Resolución de la DGT, de 30 de abril de 1998 (BOE, 4-VI; en adelante, CGSC-II); 28 del Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción 2002-2006, cuya publicación se ordena mediante Resolución de la DGT, de 26 de julio de 2002 (BOE, 10-VIII; CGSC-III); 20 del IV Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción, publicada mediante Resolución de la DGT, de 1 de agosto de 2007 (BOE, 17-VIII; CGSC-IV); 24 del V Convenio Colectivo del Sector de la Construcción, cuya publicación se ordena por Resolución de 28 de febrero de 2012 (BOE, 15-III; CGSC-V); y 24 del vigente VI Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción (Resolución de 21 de septiembre 2017, BOE, 26-IX; VI CGSC). Convenios que, desde el CGSC-V, incluyen una precisión normativa expresa para excepcionar de su ámbito temporal general algunas materias, entre las que se incluye el precepto que específicamente regula esta figura. Esto es, el contrato fijo de obra, cuya regulación tiene una vigencia inicial de 5 años (art. 7 en ambos casos, CGSC-V y VI CGSC).

2. Análisis del régimen jurídico de la negociación colectiva sectorial estatal y de su evolución

En una aproximación general, el AESC-1990 introduce ciertas novedades en relación con su precedente AESC-1989, observándose desde entonces una clara línea de continuidad, con matices menores, hasta el IV-CGSC del año 2007. Éste rompe esa continuidad –la de los artículos 8 AESC-1989, 8 AESC-1990, 28 CGSC-II y 28 CGSC-III–, incluyendo importantes modificaciones. Abre, en definitiva, una nueva y segunda línea de continuidad que llega hasta nuestros días, con el actualmente vigente VI CGSC, del año 2017. Convenio que sólo incluye las modificaciones necesarias para actualizar las referencias legales a la nueva versión del ET del año 2015. Una constante que comprende los artículos 20 CGSC-IV, 24 CGSC-V y 24 VI CGSC. Constante que desde el año 2007 incorpora una cierta contextualización del contrato incrementando claramente las referencias legales a la legislación estatal, en concreto al ET y a la LSC.

Adentrándonos en su análisis, las materias que han sido tradicionalmente objeto de tratamiento son las que a continuación se abordan.

2.1. Formalización escrita del contrato y periodo de prueba

En primer lugar, su formalización “siempre por escrito” (art.8 AESC-1989, art. 8 AESC-1990, 28 CGSC-II, art. 20 CGSC-IV, art. 24 CGSC-V y art. 24 VI CGSC). Recuerda la STS (Social) de 17 marzo 1980 (RJ 1980\1422) que el art. 42 de la Ordenanza Laboral de la Construcción establecía ya que los contratos fijos de obra “han de constar por escrito y –a la sazón– estar visados por el Sindicato”.

Asistemáticamente, fuera de aquel precepto específico sobre el contrato fijo de obra, se observa desde el CGSC-II la exención de periodo de prueba para estos contratos de constar en la cartilla profesional la acreditación de su cumplimiento en cualquier empresa anterior (arts. 25 CGSC-II; 25 CGSC-III; 17 CGSC-IV, que opera el cambio de la referencia a la cartilla profesional por la titularidad de la tarjeta profesional de la construcción; 21 CGSC-V; y 21 VI CGSC).

2.2. Su, controvertida, naturaleza como modalización del contrato de obra o servicio determinado

En segundo lugar, la identificación del contrato a través de la delimitación de su objeto, “la realización de una obra o trabajo determinados” (art.8 AESC-1989, art. 8 AESC-1990, 28 CGSC-II y 28 CGSC-III, que sólo añade una referencia al art. 15.1 a). Cuestión ésta que naturalmente se conecta con el apartado destinado al estudio de su duración.

Con posterioridad a aquel CGSC-III, la citada STS (Social) de 30 junio 2005, advierte que, en efecto, «no se diseña un nuevo contrato temporal al margen del art. 15 ET, lo que, por lo demás, no podría hacer válidamente pues, pese a su condición normativa y a su carácter vinculante, el Convenio está obligado a respetar las normas legales de carácter mínimo necesario, y el art. 15 lo es. Trata, simplemente, de evitar las cargas burocráticas que supondría la formalización de sucesivos contratos con un mismo trabajador, para “ajustarse mejor a las necesidades productivas de la empresa, a la vez que facilitar una mayor estabilidad en el empleo de los trabajadores”».

Retomando la sucesión de convenios, el art. 20 CGSC-IV ancla el contrato en la –entonces– nueva disposición adicional tercera de la Ley 32/2006, haciendo valer que ésta “otorga la negociación colectiva de ámbito estatal la facultad de adaptar al sector de la construcción el contrato de obra o servicio determinado regulado con carácter general en el artículo 15 del Estatuto de los

Trabajadores”. Contrato que, advierte dicho art. 20, es en especial una adaptación del art. 49.1. c) y del art.15.5 y 1 a), que con independencia de la duración del contrato fijo de obra no será de aplicación en su párrafo primero, continuando manteniendo los trabajadores la condición de “fijos de obra”, “tanto en estos casos como en los supuestos de sucesión empresarial del artículo 44 E.T. o de subrogación regulado en el Artículo 23 del presente Convenio General”.

En idéntica línea a la del CGSC-IV, el art. 24 CGSC-V, añade a estas referencias a la legislación pública estatal la correspondiente a la DA primera, apartado 2, de la Ley 35/2010, aprobada tras el CGSC-IV, recordando también que otorga “a la negociación colectiva de ámbito estatal la facultad de adaptar al sector de la construcción el contrato de obra o servicio determinado regulado con carácter general en el artículo 15 del E.T.”. Línea que igualmente mantiene el actual art. 24 CGSC VI, que cita como legislación estatal de cobertura de esta adaptación la DA tercera del R.D-Leg. 2/2015 y la Ley 32/2006, omitiendo la DA primera, apartado 2, Ley 35/2010, derogada por la D.D. única 4 R.D-Leg. 2/2015.

Citar, como colofón de este apartado, la STSJ de Madrid (Social) núm. 637/2019, de 7 junio. Pronunciamiento que recuerda que este contrato también se aplica cuando la actividad para la que se contrata es un servicio si “esta actividad está incluida en el ámbito funcional de la norma convencional de referencia”. Y, “por tanto, se le aplican igualmente las previsiones en materia de contrato fijo de obra contenidas en su artículo 24”.

2.3. Duración del contrato

En el AESC-1989 –que expresa entre otros propósitos el de recuperar este contrato fijo de obra– la duración del contrato será, con carácter general, “la de los trabajos del oficio y categoría del trabajador en la obra para la que haya sido contratado”. El AESC-1990 precisa que el contrato terminará cuando concluyan estos trabajos y añade, con ese mismo carácter general, que “el contrato es para una sola obra, con independencia de su duración”.

Sentada aquella regla supuestamente general, el AESC-1989 incorporaba ya la singularidad que, en nuestra opinión, da carta de naturaleza a la existencia de este contrato fijo de obra modalización del contrato por obra o servicio determinado. Y que ha perdurado hasta nuestros días. Esto es, que este personal “previo acuerdo de las partes (...) podrá prestar servicios a una misma Empresa y en distintos Centros de trabajo de una misma provincia durante un período máximo de tres años consecutivos sin perder dicha condición y devengando los conceptos compensatorios que correspondan”. El AESC-1990 precisa los conceptos compensatorios que correspondan “por sus desplazamientos”. Y el art. 28 CGSC-III añadiría que a tal efecto “suscribirán el correspondiente documento según el modelo que figura en el anexo IV”, incorporando naturalmente dicho anexo.

Cumplido ese periodo de tres años, añade el AESC-1990 que “la Empresa podrá ofrecer al trabajador la continuidad en la misma como fijo de plantilla”, cesando en caso contrario “automáticamente en la Empresa”. En tal caso la empresa deberá “comunicar por escrito el cese al trabajador antes de cumplirse el período máximo de tres años”, adquiriendo el trabajador “la condición de fijo de plantilla” si se cumple este periodo sin dicha comunicación. Periodo de tres años que, por cierto, era de dos en la antigua Ordenanza.

Por su parte, el posterior art. 28 CGSC-II sigue la línea del AESC-1990 pero incorpora la necesidad de que el acuerdo sea “expreso” y, además, junto a los matices ya reseñados, una precisión sustantiva de gran importancia, también mantenida hasta nuestros días. Y es que esa duración máxima de tres años se excepciona cuando los trabajos de la especialidad del trabajador fijo de obra “en la última obra se prolonguen más allá de dicho término”.

El CGSC-III, en su anexo IV, así como, al menos, el vigente VI CGSC, en su anexo II, incluyen, en relación con esta cuestión, un modelo de renovación del contrato fijo de obra.

El art. 20 CGSC-IV mantiene esta posibilidad de prestar servicios en una misma empresa y en distintos centros, aclarando, lo cual tiene una extraordinaria relevancia a efectos de reforzar la exclusión de la aplicación del art. 15.5 ET por cambio de obra dentro de un mismo contrato, que se produce “manteniéndose el carácter de único contrato”. Incluye también la afirmación de que «en este supuesto y con independencia de la duración total de la prestación, tampoco será de aplicación lo establecido tanto en el apartado 1.a) párrafo primero del artículo 15 E.T. como en el apartado 5, continuando manteniendo los trabajadores, como se ha indicado, la condición de “fijos de obra”». Y con esta letra pasó al art. 24 CGSC-V hasta llegar al actual art. 24 VI CGSC.

La traída STS (Social) de 30 de junio de 2005 hace hincapié en los requisitos de esta singularidad, esencial a la figura a estudio. En primer lugar, la observancia de los propios legales subrayados por la reiterada STS (Social) de 30 junio 2005 en relación con el contrato de obra o servicio determinado: “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; y b) que se especifique e identifique en el contrato, con precisión y claridad, la obra o el servicio que constituye su objeto”. Criterio anticipado y seguido por la doctrina de suplicación⁹. Esta identificación precisa de la obra no se da cuando se designación genéricamente dos poblaciones en que se ejecuta (SJS núm. 1 de Valencia núm. 106/2012, de 29 febrero)

En segundo lugar, el requisito consistente en el “acuerdo expreso para cada uno de los distintos centros sucesivos”, que «constituye un mandato que “solo se puede cumplir, válidamente, de dos modos. O reseñando en el propio contrato todas y cada una de las obras en las que se va a prestar servicios con expresa aceptación del trabajador, o bien suscribiendo acuerdos posteriores con igual y plena concreción antes de iniciar el trabajo en cada nueva obra. Modalidad esta última que, por cierto, recoge ya el actual Convenio General de la Construcción –CGSC-III–, incluyendo en su Anexo IV”». No siendo «posible sustituir válidamente el acuerdo expreso para cada uno de los distintos centros de trabajo sucesivos que exige el Convenio con respeto de las previsiones legales, por una incondicional aceptación del trabajador de una cláusula impuesta por la empresa en el momento mismo de la contratación, en que es más evidente la posición de desigualdad de las partes, para trabajar en unas obras cuya ubicación, calidad y tipo de actividad ignora» [STS (Social) de 30 junio 2005].

La STSJ de Islas Canarias, Las Palmas (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 862/2004, de 20 septiembre había anticipado –en aplicación del CGSC-III amén del provincial– ese criterio, afirmando que para poder articular el contrato fijo de obra en distintas obras “las mismas han de ser especificadas en el contrato o, en su caso, en un pacto posterior que ha de ser expreso y escrito, con especificación de las nuevas obras”, negando “validez a las cláusulas que hacen una alusión genérica a los preceptos citados, por entender que ello supone la desnaturalización del contrato de obra, al desconocerse las obras para las que se contrata al trabajador y, por tanto, cuando será la finalización del contrato”.

⁹ En esta misma línea, recordando la STS de 30 de junio de 2005 antedicha, las SSTSJ de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. núm. 6620/2015, de 30 noviembre, y 465/2016, de 29 enero, advierten que el contrato fijo de obra en el sector de la construcción “debe acomodarse a las normas legales y reglamentarias que regulan el contrato de obra y a la interpretación jurisprudencial que se acaba de transcribir en relación con los requisitos legales y reglamentarios del mismo”. Y lo hacen en relación con un supuesto al que resulta aplicable el CGSC-V. Las sentencias estiman que se incumplen los requisitos legales porque, en primer lugar, identificar la obra como “Túnel de Prado” es insuficiente cuando hay dos obras independientes, para la vía derecha y para la vía izquierda, a pesar de alegar la empresa ser subcontratista únicamente para la obra de la vía derecha. También porque no se identifica la tercera obra y porque el tiempo excede de los tres años, entre otras razones como son, en la primera, la prestación indistinta de trabajo en las diversas obras.

No es suficiente a efectos de este conocimiento, y acuerdo del trabajador, que la sucesión de contratos quede plasmada en las sucesivas notificaciones al INEM, en las que figuran los cambios en el centro de trabajo operados a lo largo de la relación laboral [STSJ de Asturias (Social, Sección 1ª) núm. 2425/2010, de 8 octubre].

En tercer lugar, las SSTSJ de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 6620/2015 y 465/2016, afirman que el art. 24 CGSC-V (cuyo tenor es idéntico al actual en este extremo, como en su casi práctica totalidad) «no permite en modo alguno la prestación de servicios simultánea en varias obras, aunque éstas sean obras a las que previamente fue destinado (cambiado) el trabajador con su consentimiento. Precisamente el sentido de la norma es claro al respecto, pues utiliza expresamente la palabra “sucesivos”».

Dejar constancia, no obstante, de que la doctrina de suplicación no es unívoca sobre el rigor con el que aplicar, en algunos extremos, estos requisitos legales. Siendo acaso el criterio a nuestro modo de ver más adecuado el advertido en la STSJ de Castilla-La Mancha (Social, Sección 2ª) núm. 1046/2012, de 4 octubre, llamando a valorar la entidad de la desviación respecto de la literalidad legal. Admite así este pronunciamiento que el hecho de que el trabajador sea «ocupado “normalmente” en la realización de las obras que son objeto de contrato, (..) no implica que la realización de otras ocupaciones distintas a las expresamente pactadas, sea cual fuere su duración, pueda calificarse de fraudulenta, sino que habrá de estarse a cada caso concreto para valorar la duración e importancia de tal circunstancia». Y concluye la regularidad del contrato que abarca casi tres años, a pesar de advertir la prestación de servicios durante un total de 45 días en otras obras distintas de la empresa por razones urgentes y perentorias¹⁰.

Más allá de esta lectura judicial, la doctrina se encuentra dividida sobre esta particularidad, esencial al contrato fijo de fin de obra. Una parte ha refrendado la validez de este contrato fijo de obra considerando que, esta virtualidad del mismo, no produce una descausalización del contrato. Y subraya que “el papel de la negociación colectiva en esta materia es muy limitado pues nos hallamos frente a normas de derecho necesario indisponibles por tanto para la misma”¹¹. No obstante, otra doctrina expone los cuestionamientos habidos a esta consideración como único contrato, recuperando la idea del Profesor Cruz Villalón de tratarse más bien de un “procedimiento de celebración simplificada de distintos y sucesivos contratos, si bien tratados como una sola relación jurídica», porque de ser un único contrato se estaría rompiendo la causalidad en la contratación temporal. Reflexiona también la doctrina sobre la idea de tratarse esa sucesión de obras como una novación extintiva y recuerda que la propia ITSS considera que estamos ante diferentes contratos¹². En el apartado de conclusiones elevaré una primera reflexión propia al respecto.

¹⁰ En esta línea, la STSJ de Madrid (Social, Sección 6ª) de 4 junio 1997 (Recurso de Suplicación 4062/1996) estima que “se ha rebasado el plazo de los tres años en escasos días y en consecuencia, atendidas las circunstancias del caso, tal hecho carece de suficiente relevancia para atribuir al trabajador la cualidad de fijo”. De destacar, además, por ser anterior a la modificación legal del CGSC-II, abriendo la posibilidad de prolongar la duración si se continuara en la última obra y esta se extendiese en el tiempo, al contrario de la STSJ de Islas Canarias, Las Palmas (Social, Sección 1ª) núm. 213/2004, de 10 marzo, que entiende el actor ha devenido fijo de plantilla por exceder la duración máxima de este contrato contemplada en el CGSC 1997, de tres años. Requisitos que no se dejan de cumplir cuando se produce un cambio de la categoría profesional en el mismo puesto de trabajo, realizando las tareas de la previa y cobrando conforme a ello, ni por el hecho de integrarse su empresa en una UTE adjudicataria de la obra (STSJ de Cataluña (Social, Sección 1ª) núm. 7278/2014, de 4 noviembre).

¹¹ VICENTE PALACIO, Mª. A., “El contrato fijo de obra en el sector de la construcción: sobre la previsión convencional de destinar al trabajador a obras distintas de las inicialmente contratadas ubicadas dentro de la misma provincia y por una duración máxima de tres años consecutivos. (Comentario a la STSJ Cataluña 21 octubre 1999)”, *Aranzadi Social*, ISSN 1131-5369, núm. 3, 1999, págs. 2961-2970. Debido es destacar la aportación monográfica de esta misma autora *El contrato temporal para obra o servicio determinado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, 455 páginas.

¹² ARAGÓN GÓMEZ, C., “El contrato fijo de obra...”, apartado III.

2.4. La inaplicación de ciertas garantías legales

En cuarto lugar, y en íntima conexión con lo anterior, este precepto específico regulador de la figura a estudio contempla la previsión de inaplicación de ciertas garantías legales. Las contempladas en el art. 15.5 ET y otras.

El art. 20 CGSC-IV incluía unos números, 4 y 5, señalando que “teniendo en cuenta la especial configuración del sector de la construcción y sus necesidades, sobre todo en cuanto a la flexibilidad en la contratación y la estabilidad en el empleo del sector mejorando la seguridad y salud en el trabajo así como la formación de los trabajadores –añadiendo en este punto el art. 24 CGSC-V una referencia a la DA primera 2 Ley 35/2010 que se sustituye por la DA tercera ET 2015 en el art. 24 VI CGSC–, no se producirá sucesión de contratos por la concertación de diversos contratos fijos de obra para diferentes puestos de trabajo en el sector, teniendo en cuenta la definición de puesto de trabajo dada en el artículo 18 del presente Convenio, y por tanto no será de aplicación lo dispuesto en el párrafo 5.º del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores”.

Una llamada al papel de esta singular figura contractual como fortalecedora de la estabilidad en el empleo que, desde el CGSC-IV, se tiene presente en esta negociación colectiva sectorial estatal a la hora de regular la jubilación obligatoria. Objetivo de mejora de la estabilidad en el empleo cuya plasmación en estos convenios colectivos se afirma encontrar, entre otros aspectos que se identifican, en la regulación de este contrato fijo de obra del sector (art. 93 CGSC-IV; 97 CGSC-V; y 96 VI-CGSC¹³). Que, en consecuencia, no es la única previsión convencional que se manifiesta servir a tal propósito.

En contra de esta declaración de nuestra negociación colectiva, cualificada doctrina sostiene, sin embargo, que “el contrato fijo de obra —a diferencia de lo que supuso tradicionalmente— ya no es un mecanismo que favorezca la estabilidad en el empleo en el sector de la construcción, por lo que su utilización difícilmente puede justificar, por sí misma, la limitación de la vida activa de los trabajadores del sector, mediante el establecimiento de edades máximas de jubilación”¹⁴.

El art. 20.5 CGSC-IV –al igual que el art. 24 CGSC-V y vigente art. 24 VI CGSC– proseguía afirmando que “por lo tanto la contratación, con o sin solución de continuidad, para diferente puesto de trabajo mediante dos o más contratos fijos de obra con la misma empresa o grupo de empresas en el período y durante el plazo establecido en el artículo 15.5 E.T., no comportará la adquisición de la condición establecida en dicho precepto”¹⁵. Señalando que “a tal efecto nos encontramos ante puestos de trabajo diferentes cuando se produce la modificación en alguno de los factores determinados en el artículo 18 del presente Convenio” (referencia al art. 18 sustituida por el art. 22 en el art. 24 CGSC-V, así como en el art. 24 VI CGSC). Y añadiendo que “la indicada adquisición de condición tampoco operará en el supuesto de producirse bien la sucesión empresarial establecida en el artículo 44 E.T.¹⁶ o la subrogación recogida en el artículo 23 del presente Convenio” (referencia al art. 23 sustituida por el art. 27 en el art. 24 CGSC-V, así como en el art. 24 VI CGSC).

¹³ Art 96 objeto de modificación en reunión cuya acta se ordena publicar mediante Resolución de 23 de abril de 2019 (BOE, 26-IV) sin afectar la referencia a este contrato. Lo mismo sucede con el art. 7 modificado sin afectar al mismo. Algo que se repite, en relación con este artículo 7 de este mismo VI CGSC, con la modificación cuya publicación ordena la Resolución DGT de 23 de octubre 2019 (BOE, 5-XI).

¹⁴ ARAGÓN GÓMEZ, C., “El contrato fijo de obra...”, apartado IV. Doctrina que analiza, precisamente, el CGSC-IV.

¹⁵ Un sistemático esfuerzo expositivo de argumentos a favor y en contra de la aplicación del art. 15.5 ET al contrato fijo de obra cabe apreciar en NICOLAS BERNAD, J.A., “Consideraciones sobre el contrato fijo de obra en el nuevo Convenio General del Sector de la Construcción para los años 2007-2011”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, num.748/2008.

¹⁶ En relación con la aplicación del art. 44 ET, la SJS número 1 de Ceuta núm. 181/2019, de 27 agosto, estima que la sucesión de una UTE en el servicio de mantenimiento de la señalización del Puerto de Ceuta, en cuya prestación cesa la empresa que contrata con el trabajador, determina la correcta extinción contractual. Advierte así la Sentencia que esto es así porque no constituye un supuesto del art. 44 ET por desconocer si concurren los requisitos legales, ni haber sido alegado por las partes. Tampoco cabe deducirlo de la

Régimen convencional del que se hacen eco nuestros Juzgados y Tribunales. Las SSTs (Social), de 25 de mayo de 2011 (R.Ud. 1907/2010) y de 15 de junio de 2011 (Rec. Ud. 2005/2010), ambas sobre el tenor de este precepto con anterioridad a la Ley 35/2010¹⁷, entienden así que no procede la aplicación del art. 15.5 ET y, en consecuencia, tampoco la consiguiente adquisición de la condición de fijo, cuando se trata de este contrato fijo de obra. Siempre, eso sí, que no exceda de tres años. Y ello a pesar de que se encadenen varios de estos contratos, afirmando existir diversidad de puesto de trabajo conforme al convenio colectivo aplicable. Ciertamente que a la letra actual del precepto esta identidad o cambio del puesto de trabajo parece resultarle indistinto.

Cuestión ésta, la identificación del puesto de trabajo, que ha generado división judicial, justificando la emisión de votos particulares alejados de la aplicación de la definición ofrecida por el convenio. Votos que, como hace la propia doctrina, diseccionan los elementos locativo y funcional propios de aquél, y analizan la falta de homogeneidad en el uso de este concepto. Subrayando en ocasiones la doctrina el carácter decisivo del elemento funcional.

2.5. Consecuencias de la paralización temporal y extinción contractual

En quinto lugar, estos preceptos contemplan las consecuencias de la paralización temporal de una obra. El AESC-1989 advertía ya que el contrato se “verá afectado por cualquier suspensión o paralización temporal que pueda producirse en la obra, extinguiéndose por este motivo dicho contrato y comprometiéndose el empresario a emplear de nuevo al mismo trabajador cuando las causas de suspensión o paralización de la obra hubiesen desaparecido. Dicho contrato se entenderá finalizado cuando estos supuestos se conviertan en definitivos”.

Con mucha mayor extensión, y orillando algunos cambios en la redacción a nuestro parecer menores, el AESC-1990 se refiere únicamente a la paralización temporal de una obra, excluyendo la debida a conflicto laboral, y añadiendo que ha de ser motivada por “causa imprevisible para el empresario principal y ajena a su voluntad”. Omite, pues, la referencia a la suspensión. Y ordena el procedimiento a seguir, de modo que tras dar cuenta la empresa a la “representación de los trabajadores del centro o, en su defecto, a la comisión paritaria provincial, operarán la terminación de

legislación administrativa ni de los pliegos, que no hacen referencia a las consecuencias laborales, de la sucesión empresarial. Y añade que tampoco se trata de una sucesión convencional, toda vez que la cesión o sustitución del empresario no se encuentra regulada en el Convenio de aplicación. Cita además la STS de 20 de marzo de 2015 como fundamento para afirmar que “en aquellos casos en los que se renueva la causa que justificó el contrato temporal, como ocurre en este caso, el contrato temporal se mantiene, toda vez que la “obra o servicio” para el que fue contratado sigue vigente. Que no resulta de aplicación en el ámbito de la construcción los límites indicados en el artículo 15.1 del ET. La única consecuencia es entender que la relación laboral entre las partes, seguía siendo temporal, no adquiriendo el carácter indefinido”.

¹⁷ Ambas con voto particular que, en el primer caso, cuestiona el tratamiento de cada cambio de centro de trabajo como si se tratase de una relación *ex novo* siendo así que no ha de ser considerado como tal en el seno del contrato de fijo de obra, llegando a manifestar que “con el debido respeto a la Sala, entiendo que la solución alcanzada conduce al absurdo: acaba por afirmarse que cada obra es autónoma e independiente del historial inmediato anterior en un convenio que, precisamente, permite que la contratación para una obra admita el cambio de obra”. En consecuencia, tratándose de un mismo contrato y puesto de trabajo habría de operar la tutela y consiguiente sanción del art. 15.5 ET. En la segunda de las citadas Sentencias el voto particular se construye sobre la base de que la habilitación a la negociación colectiva conferida por el precepto en cuestión “no es para excepcionar o limitar la aplicación de la citada norma, sino muy contrariamente para adoptar las previsiones –ajustadas al sector y al «puesto de trabajo»– que sean necesarias en orden a evitar la utilización abusiva de la contratación temporal” y que la conclusión alcanzada por la sala llegaría al “punto de consentir –conforme a sus previsiones y al planteamiento de la sentencia recurrida– una situación de temporalidad que persistiría sin solución de continuidad durante los doce años del supuesto de autos, lo que en la práctica equivaldría a inaplicar –que no matizar– en el sector de la construcción toda la normativa legal de que tratamos”. Parte también de cuestionar el concepto de puesto de trabajo asumido sobre la base de que nace de una combinación de aspectos funcionales y locativos que en el caso en cuestión no conllevan nuevo puesto de trabajo. Aproximación al concepto de puesto de trabajo que ulteriormente se aprecia en la STSJ de Asturias (Social, Sección 1ª) núm. 2969/2011, de 25 noviembre. Votos particulares no inhabituales en estos litigios, como se aprecia también en la STSJ de País Vasco, (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 896/2010, de 30 marzo.

obra y cese previstos en el supuesto primero”. Representación de los trabajadores del centro o, en su defecto, comisión paritaria que “dispondrá, en su caso, de un plazo máximo improrrogable de una semana para su constatación, a contar desde la notificación”. Añade, además, que “previo acuerdo entre las partes, el personal afectado por esta terminación de obra podrá incluirse en lo regulado para el supuesto segundo”. Esto es, pasar a prestar servicios en otro centro de trabajo de la empresa en la provincia. El art. 28 CGSC-II reproduce en este ámbito lo contemplado en el AESC-1990. Y esta es la línea seguida en lo sucesivo, incluido el art. 24 del actual VI CGSC.

Cabe indicar que, al margen de este nuclear precepto y reconociendo la especialidad del mismo, la negociación colectiva tiene presente la especificidad de este contrato al regular la suspensión contractual por causa de fuerza mayor temporal. Concretamente al enumerar entre las situaciones determinantes de esta situación la “paralización de la obra o parte de ésta, por orden gubernativa, resolución administrativa u otras causas similares ajenas a la voluntad del empresario, sin perjuicio de lo establecido, al respecto, para el contrato fijo de obra, en el presente Convenio” (arts. 94 CGSC-I, 93CGSC-II, 95 CGSC-III, 87 CGSC-IV, 91 CGSC-V y 90 VI CGSC).

Una fuerza mayor afectada por la pandemia desde múltiples enfoques. Sin ánimo de exhaustividad, en primer lugar, por la incidencia del permiso retribuido recuperable contemplado en el RD-Ley 10/2020, de 29 de marzo (BOE, de idéntica fecha) en la previsión convencional de recuperación del 70 por 100 de las horas no trabajadas por interrupción de la actividad debida a causas de fuerza mayor. En segundo lugar, por repercutir en la regulación de supuestos que de esta institución efectúa el art. 90 VI CGSC. Por último, debido al nuevo concepto de fuerza mayor fruto de la pandemia sanitaria observable en el art. 22 Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo (BOE, 18-III)¹⁸.

Pandemia aparte, cualificada doctrina entendió que ésta, la suspensión, habría de ser en todo caso la solución a adoptar si la paralización es temporal, como supuesto de fuerza mayor. Fuerza mayor que motivaría la extinción por idéntica causa, encuadrable en los artículos 49.1 y 51 ET, sólo de ser la paralización permanente. Aplicando entonces, consecuentemente, la indemnización prevista en este precepto legal¹⁹. Y así cabría interpretar la referencia convencional recién mentada, considerando que la específica mención al contrato a estudio (el “sin perjuicio”) lo es a otros efectos.

Centrados en la paralización temporal, cierto es que una circunstancia no definitiva difícilmente conlleva en su naturaleza la extinción –aunque una incapacidad calificada como permanente puede excepcionalmente conllevar la suspensión, si bien por su revisión–. Por otra parte, las garantías convencionales contempladas para esta situación en su consideración como cese parecen superiores a las de la suspensión. Se suman, en efecto, de una parte, la obligación empresarial de ofrecer un nuevo empleo al trabajador cuando las causas de paralización de la obra hubieran desaparecido”, obligación que “se entenderá extinguida cuando la paralización se convierta en definitiva”. Se suma, de otra parte, la previsión de extender la indemnización por extinción contractual a todos los supuestos anteriores, es decir, también a esta situación resultante de la paralización temporal. Previsión que entendemos el convenio anuda a la consideración de esta paralización temporal como causa de extinción.

Lo cierto es que el tratamiento jurídico parece responder a una doble consideración jurídica, aunando posiblemente su naturaleza última suspensiva, y consiguiente obligación empresarial modulada, llamémosla de reactivación laboral (similar *mutatis mutandi* a una reserva de un puesto equivalente), con los efectos propios de una extinción contractual, a lo que se entendería responde aquella coetilla legal: “sin perjuicio de lo establecido, al respecto, para el contrato fijo de obra, en el presente Convenio”. Por lo demás, cualquier distanciamiento en su tratamiento respecto de la regla

¹⁸ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Sostenibilidad laboral en el...”, pp. 18 y 19.

¹⁹ ARAGÓN GÓMEZ, C., “El contrato fijo de obra...”, apartado II.2.D.a.

general del ET, en lo que esta tiene de imperativo cumplimiento, encuentra siempre en el camino de su justificación el amparo legal, siempre en su dimensión real, de la LSC y del ET –en las disposiciones citadas–, dado su carácter de ley especial.

La normativa convencional a estudio contempla, por último, la extinción contractual más allá de esta paralización. El art. 8 AESC-1989 establecía que esta extinción se produce “cuando la realización paulatina de las correspondientes unidades de obra hagan innecesario el número de los contratados para su ejecución, debiendo reducirse éste de acuerdo con la disminución real del volumen de obra realizada”. Recuerda la STS (Social) de 13 noviembre 1987 (RJ 1987\7869) que la doctrina reiterada de la Sala interpretaba el art. 44.c) de la Ordenanza de Trabajo en la Construcción en el sentido de entender que “el cese del personal contratado con carácter de fijo para la obra de que se trate, puede y debe producirse atemperadamente a la marcha y necesidades del personal adscrito a la propia obra y, por supuesto, en relación con las diversas especialidades, como matiza la norma”.

Esta extinción paulatina genera la duda, como bien apunta la doctrina, de cuál es el orden a seguir. Resulta natural, en primer lugar, atender al convenio o convenios de aplicación para advertir si se precisa éste²⁰. En caso contrario, cualificada doctrina apunta que bastaría un “criterio racional cualquiera”²¹. Atender las clásicas prioridades –visibles en el Estatuto de los Trabajadores en otras materias– en razón de la antigüedad, representación que se ostenta, razones de cargas familiares, etc., constituye un buen anclaje para construir el mismo.

Cese que deberá “comunicarse por escrito al trabajador con una antelación de quince días naturales”, siendo sustituible “este preaviso por una indemnización equivalente a la cantidad correspondiente a los días de preaviso omitidos calculada sobre el salario base del convenio, todo ello sin perjuicio de la notificación escrita del cese”. A la hora de cuantificar la indemnización por cese, sin embargo, no se refería a ese salario base, sino que la cifraba en el “4,5 por 100, calculada sobre los conceptos salariales de las tablas del Convenio devengados durante la vigencia del contrato”. Indemnización que “deberá incluirse en el recibo de salarios con la liquidación correspondiente al cese”.

El art. 8 AESC-1990 sustituyó en el cálculo de esta indemnización aquella primera referencia al salario base del convenio por, en todo caso –también para la inobservancia del preaviso–, “los conceptos salariales de las tablas del Convenio”. Redacción mantenida en el CGSC-II, añadiendo el CGSC-III que esto es así según lo previsto en el artículo 49.1.c) ET.

La STSJ de País Vasco (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 15 noviembre 2005 (Recurso de Suplicación 1641/2005) afirma que el deber de preaviso, y consiguiente indemnización en caso de incumplimiento, comprende los contratos de obra en los que se ha pactado una fecha cierta de terminación, con independencia de que el contrato alcance el año de duración contemplado en el régimen general del art. 49.1.c) ET. Esto es, considera que el carácter incierto de la duración de la obra o, por el contrario, la fijación de una fecha cierta, no son determinantes de la aplicación de esta previsión convencional.

CGSC-II y CGSC-III compartían el hecho de excepcionar expresamente –al margen del precepto central en la materia– de las indemnizaciones contempladas por extinción por cumplimiento del término esta modalidad contractual. Excepción que venía motivada por contemplar una indemnización específica en el apartado regulador de la figura (arts. 29 CGSC-II, en relación con contratos formalizados conforme a los entonces vigentes RD 2546/1994 o al RD 1989/1984; y 29 CGSC-III, en relación a contratos formalizados conforme al Real Decreto 2720/1998).

Esta referencia convencional, la expresa excepción, desaparece en el CGSC-IV hasta nuestros días. Tampoco está presente, en consecuencia, en el convenio actualmente vigente. Al contrario,

²⁰ ARAGÓN GÓMEZ, C., “El contrato fijo de obra...”, apartado II.2.D.a.

²¹ BARREIRO GONZÁLEZ, G. y FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., “Contratación”, en VALDÉS DAL-RÉ, F. (Dir.), *Comentarios al convenio general de la construcción*, Fundación Anastasio de Gracia, Madrid, 1993, págs. 139 y 140.

desde el año 2007 el enunciado convencional opta por advertir expresamente que, en cuanto a las causas y efectos de la extinción de este contrato, habrá de estarse, en concreto, a lo establecido en los artículos 49 a 57 ET y a las especialidades previstas en este Convenio (arts. 90 CGSC-IV; 94 CGSC-V; y 93 VI CGSC).

Más allá de la evolución en la redacción de este apartado, la extinción sigue, no obstante, contemplándose en similares términos a los de los convenios anteriores en los artículos 20 CGSC-IV y 24 CGSC-V y VI CGSC. Con dos salvedades más.

En primer lugar, la cuantía asciende al 7 por 100 desde el art. 20 CGSC-IV. Convenio que además incluye en su D.T^a. 2^a una previsión para los contratos preexistentes a su entrada en vigor. Contratos que mantienen la indemnización vigente al momento de su perfeccionamiento hasta la fecha de publicación de este IV Convenio, aplicándose desde entonces el nuevo porcentaje. Indemnización igualmente aplicable a la paralización temporal.

En segundo término, el art. 24 CGSC-V añade una referencia a la Ley 35/2010 que es sustituida por la propia al R.D.Leg. 2/2015 en el art. 24 VI CGSC. Convenio éste, vigente, que señala que se hará “siempre y en todo caso, respetando la cuantía establecida en el citado artículo 49.1 c) del E.T.”, lo que parece difícil sea de otro modo pues ese 7 por 100 es superior a la cuantía de la indemnización contemplada en este precepto legal²².

Resulta no obstante insoslayable en esta materia, como en tantos otros aspectos, realizar un atento seguimiento, por una parte, de la aparentemente férrea voluntad política de modificar profundamente el régimen jurídico de la contratación temporal, contrato por obra o servicio determinado incluido. Y, por otra, del voluble criterio del TJUE en relación con la contratación temporal, con la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999 (DOCE, 10-VII), y de este modo asegurar la acomodación de esta figura a la normativa de la UE²³. Ya la STSJ de Andalucía, Granada (Social, Sección 1^a) núm. 1854/2017, de 8 septiembre, se basó en la doctrina reflejada en las SSTs de 8 de junio de 2016 (Rec. 207/2015 y Rec. 112/2015) y en las numerosas sentencias del actual TJUE que cita, para desestimar la pretensión de una indemnización de 20 días de salario por año de servicio con límite de 12 mensualidades sustentada en el art. 53 ET por ser discriminatoria en relación con el art. 49 ET²⁴. Somos conscientes, no obstante, de que el TJUE se muestra particularmente pendular en sus pronunciamientos.

Seguimiento que, por cierto, también habría de proyectarse sobre la evolución de la doctrina abierta con la STS (Ud.) núm. 1.137/2020, de 29 de diciembre, en el ámbito de la descentralización productiva.

²² Como expresamente la doctrina interpreta. Véase al efecto LUJÁN ALCARÁZ, J., “El contrato fijo de ...”, epígrafe 2.

²³ Una interpretación del TJUE que peca de desconocimiento sobre la naturaleza de algunas instituciones jurídicas en su diseño estatal (confundir extinción por cumplimiento del término –y consecuente cumplimiento del contrato– con una rescisión contractual, como botón de muestra), y consiguiente correspondencia con la normativa europea aplicable. Elocuente, en fin, es el título del comentario de DE LA PUEBLA PINILLA, A., «Principio y fin de la doctrina «de Diego Porras», o de cómo, en ocasiones, “el sueño de la tutela multinivel produce monstruos”», *Revista de Información Laboral*, num.7/2018.

²⁴ La Sentencia recuerda que la aplicación directa del derecho originario europeo no es incondicional, sino que ha de generar obligaciones “precisas”, “claras”, “incondicionales” y “no requerir medidas complementarias”. En cuanto a las Directivas, como “norma de resultado que es, contiene un mandato para alcanzar unos fines dirigido al Estado miembro de la Unión Europea, es decir, el receptor o sujeto pasivo de aquel mandato es el Estado, no el particular, por lo que resulta rechazable la aplicación de la directiva de forma horizontal entre particulares”. Así, «las consecuencias negativas para la operatividad del Derecho de la Unión Europea que se derivan de la afirmada ineficacia directa horizontal de las Directivas sólo quedan parcialmente suplidas por la posible responsabilidad del Estado incumplidor por los daños y perjuicios que pueda causar su incumplimiento de la Directiva y por la eficacia interpretativa de las Directivas en la aplicación del Derecho nacional, conforme al principio de “interpretación conforme”», sin forzar de forma indebida la normativa interna. Recordando que «la más reciente doctrina del Tribunal Europeo afirma que “el requisito de interpretación conforme no puede llevar a que una directiva cree, por sí misma e independientemente de una ley interna de adaptación, obligaciones para los particulares” y que «la obligación del juez nacional de utilizar como referencia el contenido de una directiva cuando interpreta y aplica las normas pertinentes del Derecho interno... no puede servir de base para una interpretación *contra legem* del Derecho nacional».

Llama la atención, además, aquella relevante Sentencia del TSJ de Andalucía, sobre el hecho de que el régimen indemnizatorio de este contrato se sustenta sobre un solo parámetro “a diferencia del resto de contratos de naturaleza temporal con derecho a la indemnización por extinción al tiempo de su terminación, donde el montante indemnizatorio se sustenta sobre dos parámetros: número de años de servicio y salario último devengado” (...) “de lo que se desprende que, estamos en presencia de parámetros indemnizatorios no equiparables, a efectos de declarar la existencia de razones objetivas que al margen de la mera naturaleza temporal entre los contratos de trabajo comparables, que justifican una distinta cuantificación en la indemnización”.

La STSJ de Castilla y León, Valladolid (Social, Sección 1ª), de 20 junio 2012, atribuye, para concluir, tal y como se desprende de las previsiones analizadas, la condición de indefinido al trabajador fijo de obra cuando su cese no responde a la causa especificada en la comunicación escrita, esto es, la finalización de la obra, al seguir trabajando –en el caso con labores de “repasso”– una vez que oficialmente ésta había sido rematada.

3. Conclusión

El contrato fijo de obra es una figura jurídica propia y tradicional en el ámbito de la construcción. Y que se caracteriza por erigirse como una relativa desnaturalización del contrato de fin de obra o servicio determinado. No por ser algo distinto a este, como subraya la señera STS (Social) de 30 junio 2005, sino por ser una vía para facilitar la formalización de un vínculo contractual estable en detrimento de lo que de otro modo serían sucesivos contratos. Más allá de la situación legal, que determina la norma y define la jurisprudencia, es lo cierto que probablemente existan, como dice Cruz Villalón, distintos contratos en el seno de una misma relación jurídica.

En los términos negociados, se trata, en nuestra opinión, de una versión “descausalizada” del contrato de obra o servicio determinado cuando comprende varias obras o servicios, posibilidad ésta abierta por la normativa a estudio y que ha constituido uno de los ejes de la discusión jurídica al efecto. Demandándose en tal caso la identificación precisa de la obra o servicio con autonomía y sustantividad propia, la necesidad de un acuerdo expreso en los términos legalmente requeridos o la razonable contención temporal e inexistencia de una prestación simultánea, más allá de la necesidad de analizar las circunstancias del caso concreto para ver si estas conllevan una desviación sustantiva de estos últimos requisitos legales.

Cierto es, por otra parte, que esta descausalización no debiera sorprendernos. También lo es, acaso en menor grado, la nacida en la legislación estatal, en el propio art. 15 ET, al establecer una concreta duración máxima de este contrato, puesto que lo que es verdaderamente causal en el mismo es sujetar su duración estrictamente, apegarla, a la propia de la obra o prestación de servicio que constituye su objeto. En la medida en que aquella o este demandan la prestación del trabajador. Cuanto más se desconozca esa ligazón natural menos se observa su causalidad. O, como segundo ejemplo, el ultimísimo giro dado por nuestro TS tratando de adecuar su criterio al propio del TJUE en relación con las interinidades en las Administraciones Públicas. Una duración legal del contrato temporal formalmente garantista del trabajador, pero desvinculada de la sustantiva de la necesidad real de la prestación laboral, también erosiona la causalidad de la contratación temporal.

La cuestión estriba en consecuencia, al parecer, en si se descausaliza el contrato para tutelar al trabajador, en cuyo caso podría compadecerse con la tutela última del trabajador que la propia causalización de la contratación temporal persigue. O si esa descausalización no tutela al trabajador, en cuyo caso sería francamente cuestionable. Es decir, y en otras palabras, radica en verificar si esa versión flexibilizada de la duración de esta figura que, en definitiva, constituye su esencia y muy proba-

blemente dé carta de naturaleza a la misma, contribuye o no a mejorar la calidad del empleo y, sobre todo, la estabilidad del mismo a que llama la DA tercera de la Ley 32/2006. De la que se hace eco la negociación colectiva, en particular la segunda gran línea de continuidad de la negociación colectiva sectorial estatal vista, la iniciada desde el año 2007. Y que reconoce la jurisprudencia de nuestro TS.

Es indudable que la exclusión en la aplicación del art. 15.5 ET –sobre la que acaso penda la espada de Damocles de la oscilante jurisprudencia del TJUE– y de otras garantías es un argumento de peso en contrario. Atribuimos, no obstante, un mayor peso en aras de la estabilidad laboral al tratamiento de la duración y de la extinción de esta figura, incluyendo la paralización temporal.

Respecto de esta última, cierto es que resulta difícil atribuir a una circunstancia no definitiva carácter extintivo de la relación laboral, probablemente porque no está en su naturaleza. Las garantías convencionales contempladas para esta situación en su consideración como cese parecen, sin embargo, superiores a las de la suspensión. Se suman, en efecto, la obligación empresarial de ofrecer “de nuevo un empleo al trabajador cuando las causas de paralización de la obra hubieran desaparecido” y la previsión de extender la indemnización por extinción contractual también a esta situación resultante de la paralización temporal. Previsión que, por cierto, entendemos ligada a la consideración de esta paralización temporal como causa de extinción.

Lo cierto es que el régimen jurídico a estudio participa en este extremo de una naturaleza híbrida, como sucede en tantas ocasiones en nuestra disciplina (el convenio colectivo estatutario, considerando su posible contenido obligacional; los criterios a efectos de su interpretación; la naturaleza del despido disciplinario; etc.). A su naturaleza última suspensiva, y consiguiente obligación empresarial –modulada respecto de la regla general de la reserva del puesto de trabajo, algo tampoco desconocido– de una, llamémosla, reactivación laboral, se aúnan los efectos propios de una extinción contractual, dado el carácter indemnizado convencionalmente establecido. Sea uno u otro el tratamiento, el art. 267 LGSS parece incluir en todo caso como situación legal de desempleo esta situación, siquiera la referencia a la extinción del contrato de obra o servicio determinado sea más clara.

Si observamos su extinción más allá de lo anterior, desde el año 2007 se advierte expresamente en la negociación colectiva sectorial estatal que, en cuanto a las causas y efectos de la extinción de este contrato, habrá de estarse, en concreto, a lo establecido en los artículos 49 a 57 ET y a las especialidades previstas en el convenio. Llamando el VI CGSC a respetar en todo caso la cuantía establecida en el art. 49.1 c) ET, lo que parece difícil sea de otro modo pues la especialidad consistente en establecer una indemnización del 7 por 100, contemplada en la negociación colectiva, es superior a la prevista en aquel precepto legal y constituye una especialidad de esta figura. Es decir, la indemnización es muy superior a la de 12 días de salario por año de servicio de aquel precepto.

Si argumentamos de contrario y nos preguntamos qué sucedería de no existir esta especial figura, las previsiones estatutarias demandarían la realización de un contrato independiente por cada obra o servicio determinado. Contrato que de ser único y de duración ajustada a los límites legales (o mejora negocial en su caso) conllevaría la extinción con una indemnización menor. Cada obra o servicio obligaría a formalizar un nuevo contrato, que podría recaer en el mismo trabajador o no, porque la mirada también estaría puesta en el art. 15.5 ET. Y, en todo caso, parece que la indemnización o montante suma de las indemnizaciones seguiría siendo claramente inferior.

Amén de este relevante aspecto, tenemos en los dos lados de la balanza la continuidad en el contrato versus la continuidad en el empleo. Música que nos podría sonar pues, en efecto, esta última responde a uno de los postulados del triángulo dorado de la flexiseguridad, por la que personalmente no me inclino.

Considerando todo lo anterior, entiendo que la figura a estudio sí favorece la estabilidad en el empleo de forma más clara a sus alternativas. Y, en todo caso, acredita unos estándares laborales de protección mayores ante la extinción contractual. Claro, si entendemos que su alternativa es una

contratación temporal por obra o servicio determinado, que, en principio, considerando la duración máxima del contrato y su objeto, es lo probable legalmente hablando. Más de facto, diría yo.

Cabría pensar que esa relación alternativa fuera, que no lo creemos, indefinida de entrada. La finalización de la obra conllevaría sin embargo igualmente, grosso modo, una extinción contractual con una indemnización igualmente inferior. Cejamos aquí en el despliegue de estas apresuradas conjeturas jurídicas. La cuestión merece sin duda un estudio de mayor profundidad. Así las cosas, a este nivel de reflexión, considero la previsión del contrato fijo de obra más favorable al trabajador que sus alternativas y comparto en consecuencia el carácter proclive de nuestro TS a entender que, efectivamente, favorece de hecho la estabilidad en el empleo, siquiera por el difícil –y peligroso– camino de la retorsión de la naturaleza de categorías jurídicas.

Empleo y desempleo de las víctimas de violencia de género: garantías y facilidades de acceso y mantenimiento del empleo en España*

Employment and unemployment of victims of gender violence: guarantees and facilities of access and maintenance of employment in Spain

Elena García Testal**

Universitat de València

ORCID ID: 0000-0003-3069-0631

Recibido: 13/1/2021

Aceptado: 24/2/2021

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2021.6217>

Resumen: La violencia de género también tiene repercusiones en el empleo. El trabajo puede convertirse en un instrumento o recurso útil para las víctimas, a las que confiere independencia profesional, económica, personal y social. Pero la relación de trabajo de las víctimas se resiente como consecuencia de la violencia, de modo que si la voluntad es su protección integral deviene necesario atender los aspectos laborales de su prestación de servicios, en el caso de las víctimas empleadas. Pero también es ineludible atender a las víctimas en situación de desempleo, facilitar su inserción en el mercado de trabajo; un acceso al trabajo dificultado por los prejuicios y discriminaciones en la contratación de mujeres víctimas de violencia de género, labor en la que debe implicarse a empresas y administraciones públicas. La LO 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral contra la violencia de género (LOVG), que se planteó como objetivo completar la atención a las víctimas de la violencia de género, alcanza el ámbito laboral a través de distintas medidas de fomento, garantía de acceso y mantenimiento del empleo, medidas que pueden ser revisadas con vistas a su perfeccionamiento.

Palabras clave: violencia de género, víctimas, género, empleo, desempleo, protección integral.

Abstract: Gender-based violence also has an impact on employment. Work can become a useful tool or resource for victims, providing them with professional, economic, personal and social independence. But the victims' employment relationship suffers as a result of the violence so that if the purpose is their comprehensive

* Trabajo realizado en el marco del I+D de Generación del Conocimiento sobre Violencia, Trabajo y Género (VITRAGE), Ref. PGC2018-094912-B-I00, del Programa Estatal de Generación del Conocimiento y fortalecimiento científico y tecnológico del sistema del I+D+i del Ministerio de Ciencia, Innovación e Universidades.

** elena.garcia@uv.es

protection, it becomes necessary to address the labour aspects of their provision of services, in the case of employed victims. But it is also unavoidable to attend the victims in unemployment situations, to facilitate their insertion in the job market; access to work that was made difficult by prejudice and discrimination when hiring women victims of gender violence, a task in which companies and public administrations must be involved. LO 1/2004, of December 28, on comprehensive protection against gender-based violence (LOVG), whose objective was to complete the care for victims of gender-based violence, reaches the workplace through different measures of promotion, guarantees of access and maintenance of employment, measures that can be revised seeking its further development.

Keywords: gender violence, victims, gender, employment, unemployment, integral protection.

1. Violencia de género y trabajo: la influencia de la violencia en el trabajo

En el año 2020 se publicó la Macroencuesta de violencia contra la mujer¹ que incluye una valoración del impacto que la violencia tiene en la relación de trabajo de las víctimas de la violencia de género. El capítulo 8 de la Parte I del Informe de resultados se dedica a las “Consecuencias físicas, psíquicas y laborales de la violencia en la pareja” señalando los porcentajes de absentismo laboral consecuencia de la violencia en el ámbito de la pareja en los siguientes términos:

“8.7 Absentismo laboral como consecuencia de la violencia en la pareja. El 15,6% de las mujeres que han sufrido VFSEM² de una pareja o expareja estuvieron una época sin poder acudir a su lugar de trabajo o estudio como consecuencia de los episodios de violencia (6,1% entre las que han padecido la violencia de la pareja actual y 17,4% en el caso de la violencia de parejas pasadas). El 21,0% de las mujeres que han sufrido violencia física o sexual de alguna pareja o expareja, estuvieron una época sin poder acudir a su lugar de trabajo o estudio como consecuencia de los episodios de violencia (9,4% en el caso de la violencia de la pareja actual, 22,2% entre las que la han padecido de parejas pasadas).”³

Además, a estos datos se añaden otros que ponen de manifiesto la necesidad de atención médica y psicológica a las víctimas, que también repercuten sobre la asistencia al trabajo de éstas: así, el 46,6% de las mujeres que han sufrido violencia física y/o violencia sexual de alguna pareja actual o pasada ha experimentado lesiones⁴; de las que el 10% de las que sufrieron violencia de la pareja actual recibieron asistencia médica y el 7,6% declara no haberla recibido, pero sí que la hubieran necesitado; y los datos ascienden al 23,6% y 14,9% de las que sufrieron violencia de parejas pasadas⁵. Además, el 48,2% de las mujeres que han sufrido VFSEM de sus parejas actuales afirman

¹ Realizada por la Subdirección General de Sensibilización, Prevención y Estudios de la Violencia de Género (Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género), se trata de la única estadística oficial para medir la prevalencia de la violencia contra la mujer. Se realiza aproximadamente cada 4 años desde 1999 y está incluida en el Plan Estadístico Nacional, principal instrumento ordenador de la actividad estadística de la Administración General del Estado.

La Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género ha sido la encargada de su elaboración en las ediciones de 2011, 2015 y 2019. Puede consultarse en https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/macroencuesta2015/pdf/Macroencuesta_2019_estudio_investigacion.pdf

² VFSEM: Violencia física, sexual, emocional o han sentido miedo de sus parejas.

³ Macroencuesta de violencia contra la mujer-2019, Subdirección General de Sensibilización, Prevención y Estudios de la Violencia de Género (Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género, Ministerio de Igualdad, 2020, p. 89.

⁴ Macroencuesta de violencia contra la mujer-2019, p. 82.

⁵ Macroencuesta de violencia contra la mujer-2019, p. 87.

haber tenido consecuencias psicológicas y el 74,7% entre las que padecieron la violencia de parejas pasadas⁶. Finalmente, en cuanto a las consecuencias sobre la salud de la violencia en la pareja el 44,9% de las mujeres que han sufrido violencia física o sexual de alguna pareja afirma haber sufrido ansiedad o angustia con frecuencia en los 12 meses previos a la entrevista⁷, lo que se evidencia que la violencia de género tiene consecuencias en la salud de las mujeres afectadas, lo que aumenta la frecuencia de atención sanitaria⁸.

Por su parte, el Informe Adecco-Un Empleo contra la Violencia-2019⁹ puso de manifiesto el alto porcentaje de mujeres víctimas de violencia que se encuentran en situación de desempleo:

La gran mayoría se encuentra en situación de desempleo 61%, de las cuales la mitad (50,6%) está en situación de paro de larga duración. Por otro lado, del 19,8% de las encuestadas que tiene un empleo, el 69,4% lleva menos de 1 año con el empleo y solo un 30,6% lleva más de 2 años.

La precariedad económica (72,3%) y la baja autoestima (56,3%) son dos de las situaciones con las que más se sienten identificadas. El 85% encuentra dificultad para llegar a fin de mes.

Por ello se evidencia que “*el empleo se alza como un recurso importante para la mujer víctima de la violencia de género, al empoderar transversalmente a las mujeres, incrementando su autonomía/independencia (74%), seguridad (48%), autoestima (44%), y aportando estabilidad (37%)*”¹⁰. Se constata en este sentido cómo la falta de inserción en el ámbito laboral añade precariedad económica a las víctimas de violencia de género que dificulta salir del círculo de la violencia¹¹.

Para las víctimas el trabajo puede devenir de vital importancia para asegurar el éxito de la lucha contra la violencia de género pues favorece la independencia económica¹², la incorporación al trabajo permite además el alejamiento del agresor, la independencia profesional y la mejora de la autoestima personal¹³. Siendo esto así, y viendo cómo la violencia de género condiciona la vinculación de las víctimas con el trabajo, bien deteriorando la relación laboral, bien provocando la pérdida del puesto de trabajo¹⁴, bien dificultando la inserción laboral, la respuesta legislativa al fenómeno de la violencia de género resultaría incompleta si no se integraran en la LOVG los efectos que esta situación produce sobre la relación de empleo de la víctima o no se adoptaran medidas destinadas a atenuar o eliminar el impacto que produce sobre la relación de trabajo¹⁵.

El objetivo de la LOVG era la protección integral de las víctimas de violencia de género a través de la prevención, la sanción y la atención a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores

⁶ Macroencuesta de violencia contra la mujer-2019, p. 87.

⁷ Macroencuesta de violencia contra la mujer-2019, p. 91.

⁸ Macroencuesta de violencia contra la mujer-2019, p. 93.

⁹ ADECCO, *Un empleo contra la Violencia*, 2019, p. 15. Puede consultarse en <https://s03.s3c.es/imag/doc/2019-11-22/informe-empleo-contra-la-violencia-2019.pdf>

¹⁰ ADDECO, *Un empleo contra la Violencia*, citado, p. 18. En 2020 la Fundación Adecco publica un nuevo informe que pone el acento en los efectos del COVID-19 sobre las víctimas, señalando que “durante el año de la pandemia, el aislamiento ha disparado esta lacra social que, paradójicamente, ha permanecido más silenciada e invisible que nunca”, con un descenso en el número de denuncias no vinculado a una disminución de los casos de violencia de género. Puede consultarse en <https://fundacionadecco.org/wp-content/uploads/2019/11/informe-empleo-contra-la-violencia-2020.pdf>

¹¹ SERRANO ARGÜESO, M., “¿Por qué la elección entre inserción laboral o ayudas económicas específicas? Lo que el Pacto de Violencia de Género no ha sido capaz de ver”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 49 (2018), p. 414.

¹² MELLA MÉNDEZ, L., Prologo en AAVV, *Violencia de género y derecho del trabajo, Estudios Actuales sobre puntos críticos*, (Dir. L. MELLA MÉNDEZ), editorial La Ley, Madrid, 2012, p. 27.

¹³ MELLA MÉNDEZ, L., “La suspensión por violencia de género del contrato de la trabajadora por cuenta ajena: algunos puntos críticos”, en *Mujer, trabajo y Seguridad Social* (Borrajo Dacruz, director), ed. La Ley, Madrid, 2010, p. 419.

¹⁴ CABEZA PEREIRO, J., “El concepto y rasgos de la violencia de género. Particularidades desde el derecho del trabajo”, en *Violencia de género y derecho del trabajo, Estudios Actuales sobre puntos críticos*, citado, p. 97-98.

¹⁵ GARCÍA ROMERO, B., “La violencia de género desde la perspectiva del derecho del trabajo y de la seguridad social”, en *Aranzadi Social* nº 11/2012 (parte estudio).

sujetos a su tutela, o guarda y custodia. La inclusión de una serie de medidas en el ámbito de los derechos laborales y de protección social –dentro del Título II dedicado a los Derechos de las víctimas– deviene inevitable e imprescindible.

Debe finalizarse este apartado haciendo una referencia al Convenio núm. 190 de la OIT, sobre violencia y acoso en el mundo del trabajo, aprobado en junio de 2019 junto a la Recomendación complementaria (núm. 206), sobre el que España ha anunciado ratificación, por lo que sería preciso revisar el marco jurídico interno para valorar la posibilidad de ratificación inmediata o la necesidad de introducir modificaciones legislativas en el ámbito interno¹⁶. No parece que el nuevo Convenio 190 OIT haya apostado totalmente por amparar laboralmente las anteriores situaciones de violencia a las que nos referimos. En efecto, pese a su amplio ámbito de aplicación, si atendemos a la delimitación que efectúa el art. 3 del Convenio 190 OIT respecto a la violencia y acoso a los que se aplica la norma, apreciamos esa falta de atención a los efectos laborales de la violencia producida fuera del trabajo, pues este Convenio se aplica a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo que ocurren durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado del mismo; especificando este elemento de forma amplia: a) en el lugar de trabajo, inclusive en los espacios públicos y privados cuando son un lugar de trabajo; b) en los lugares donde se paga al trabajador, donde éste toma su descanso o donde come, o en los que utiliza instalaciones sanitarias o de aseo y en los vestuarios; c) en los desplazamientos, viajes, eventos o actividades sociales o de formación relacionados con el trabajo; d) en el marco de las comunicaciones que estén relacionadas con el trabajo, incluidas las realizadas por medio de tecnologías de la información y de la comunicación; e) en el alojamiento proporcionado por el empleador, y f) en los trayectos entre el domicilio y el lugar de trabajo; pero sin incluir los efectos que la violencia producida fuera del trabajo, en el ámbito doméstico, familiar o de pareja, pueda tener en el trabajo. Ciertamente, debe hacerse mención al art. 10.f del Convenio que se refiere a la obligación de los Estados Miembros de adoptar medidas para “reconocer los efectos de la violencia doméstica y, en la medida en que sea razonable y factible, mitigar su impacto en el mundo del trabajo”, pero es ésta la única referencia directa, además del Preámbulo, de manera que estas escasas referencias parecen dejar vacía de protección las repercusiones laborales de la violencia en el ámbito doméstico; restringida, limitada y remitida a la Recomendación 206 OIT, que como se sabe, carece de carácter vinculante¹⁷. Comparto la opinión crítica manifestada respecto de la posibilidad de incidir más directamente en la inclusión de la violencia doméstica y las medidas de protección laboral¹⁸.

2. Víctimas y violencia de género

Debe comenzarse, sin embargo, haciendo una precisión: la LOVG solo se aplica a algunas víctimas de violencia sobre las mujeres, las que quedan dentro de su ámbito de aplicación concretado en el artículo 1 de la LOVG, y centrado en la violencia –*todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad*– exclusivamente cuando se ejerce sobre las mujeres por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges

¹⁶ Sobre los conceptos de violencia en el ámbito del Convenio OIT véase PONS CARMENA, M. “Aproximación a los nuevos conceptos sobre violencia y acoso en el trabajo a partir de la aprobación del Convenio OIT 190”, en *Labos*, Vol. 1, Núm. 2, pp. 30-60; YAGÜE BLANCO, S. “Convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso: delimitación de su ámbito de aplicación ante la posible ratificación por España”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2020, núm. 57, pp. 499-538.

¹⁷ YAGÜE BLANCO, S. “Convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso: delimitación de su ámbito de aplicación ante la posible ratificación por España”, citado, pp. 527 y ss.

¹⁸ YAGÜE BLANCO, S. “Convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso: delimitación de su ámbito de aplicación ante la posible ratificación por España”, citado, p. 529.

o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia. Además, la condición de víctima debe acreditarse conforme a las previsiones del art. 23 de la LOVG¹⁹.

La exigencia de relación conyugal o de pareja, presente o pasada, entre agresor y víctima, deja fuera de la protección de la LOVG a una amplia serie de situaciones de violencia contra las mujeres, que seguramente también deben valorarse como manifestaciones de discriminación, desigualdad y consecuencia de las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres: no se incluyen los actos de violencia ejercidos por otros varones –que no sean o hayan sido pareja de la víctima–, dentro o fuera del ámbito familiar o doméstico²⁰, ni tampoco las situaciones de violencia entre parejas del mismo sexo –por no tratarse de una manifestación de la dominación del hombre sobre la mujer–. Finalmente, no sólo queda al margen de la LOVG la violencia ejercida en el ámbito doméstico por otros sujetos o hacia otros sujetos, sino que también recibe un tratamiento distinto la violencia ejercida en el ámbito laboral²¹. La violencia de género en el trabajo constituye una conducta pluriofensiva que además de suponer la violación de derechos fundamentales, constituye un riesgo para la salud laboral²². En el caso de las relaciones de trabajo, la protección contra actos de violencia ejercidos en el espacio laboral por sujetos que no mantienen relación de afectividad como pareja o expareja, se encuentra en la normativa laboral sobre acoso²³, esto es, en la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, pero sobre todo en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI), respecto de la que la LOVG fue una precursora²⁴. La no inclusión de este tipo de

¹⁹ Señala el art. 23 LOVG, en su redacción vigente tras la reforma operada por el Real Decreto-Ley 9/2018, de 3 de agosto: “Las situaciones de violencia de género que dan lugar al reconocimiento de los derechos regulados en este capítulo se acreditarán mediante una sentencia condenatoria por un delito de violencia de género, una orden de protección o cualquier otra resolución judicial que acuerde una medida cautelar a favor de la víctima, o bien por el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencia de género. También podrán acreditarse las situaciones de violencia de género mediante informe de los servicios sociales, de los servicios especializados, o de los servicios de acogida destinados a víctimas de violencia de género de la Administración Pública competente; o por cualquier otro título, siempre que ello esté previsto en las disposiciones normativas de carácter sectorial que regulen el acceso a cada uno de los derechos y recursos. El Gobierno y las Comunidades Autónomas, en el marco de la Conferencia Sectorial de Igualdad, diseñarán, de común acuerdo, los procedimientos básicos que permitan poner en marcha los sistemas de acreditación de las situaciones de violencia de género”. Sobre la cuestión de la acreditación de las situaciones de violencia, más ampliamente, en GARCIA TESTAL, E., *Derechos de las trabajadoras víctimas de violencia de género*, Valencia, 2014.

En los Tribunales del Orden Social sobre la necesidad de acreditación véase STSJ Madrid de 9 de septiembre de 2020 (rec. 329/2020); STSJ País Vasco de 22 de enero de 2020 (rec. 2259/2019); STSJ del País Vasco de 2 de febrero de 2010 (rec. 3021/2009).

Distinta es la situación de la acreditación de la condición de víctima de violencia de género respecto al acceso a la pensión de viudedad, pues el art. 220.1, párrafo tercero, de la LGSS señala que “En todo caso, tendrán derecho a la pensión de viudedad las mujeres que, aun no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio mediante sentencia firme, o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento; en defecto de sentencia, a través de la orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de ser víctima de violencia de género, así como por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho.”, como se analiza en GARCIA TESTAL, E., “Violencia de género y pensión de viudedad: la acreditación de las situaciones de violencia de género”, en *Lex Social*, núm. 8, 2018. También en MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., *Beneficiarios de la pensión de viudedad*, Cizur Menor-Navarra, 2020, p. 230-232.

²⁰ MENÉNDEZ SEBASTIÁN/VELASCO PORTERO: “La suspensión del contrato de trabajo de las víctimas de violencia de género como medida de protección integral. Mucho ruido y pocas nueces”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 271, nº 55/2005, p.13.

²¹ Vid MELLA MÉNDEZ, L., “La suspensión por violencia de género del contrato de la trabajadora por cuenta ajena: algunos puntos críticos”, en *Mujer, trabajo y Seguridad Social* (Borrajo Dacruz, director), ed. La Ley, Madrid, 2010, pp. 420 y 421. Señalando la necesidad de que una ley integral contra la violencia de género debería abarcar cualquier acto de violencia que sufran las mujeres SOBRINO GONZÁLEZ, G.M., *La protección laboral de la violencia de género: déficits y ventajas*, Valencia 2013.

²² PÉREZ DEL RIO, M.ª T., *La violencia de género en el ámbito laboral: el acoso sexual y el acoso sexista*, Bomarzo, Albacete, 2009, p. 41.

²³ Son dos las modalidades que puede presentar la violencia de género en el trabajo: el acoso sexual y el acoso por razón de sexo. Sobre la cuestión SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “La violencia de género en el trabajo. Perspectiva de Seguridad Social”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 14/2007, pp. 12 y ss.

²⁴ CABEZA PEREIRO, J., “El concepto y rasgos de la violencia de género. Particularidades desde el derecho del trabajo”, en MELLA MÉNDEZ, L. (dir.) *Violencia de género y derecho del trabajo: estudios actuales sobre puntos críticos*, editorial La Ley, Madrid,

violencia en la LOVG puede considerarse una opción del legislador por un marco regulador más especializado, efectuando la transposición de la Directiva 72/2003, de 23 de septiembre de 2002, sobre discriminación por razón de género en el acceso al empleo y las condiciones de trabajo²⁵. La LOI introduce modificaciones en el ordenamiento laboral para ofrecer respuestas adecuadas a los casos de violencia que se producen en la empresa por compañeros de trabajo o por el empresario²⁶.

Este panorama legislativo pone de manifiesto un tratamiento para las víctimas de violencia de género, de acuerdo con la LOVG, y uno distinto para las mujeres víctimas de otras situaciones de violencia ajenas a la LOVG. Sin embargo, y de acuerdo con el art. 1 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, es conveniente ofrecer los mismos niveles de protección a las víctimas de todas las formas de violencia²⁷. A efectos de este Convenio, el concepto de “violencia contra la mujer” se define como “una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y se designarán todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada”; y por “violencia doméstica” se entienden “todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima”. Así, tal y como señala el art. 18 del Convenio “Las Partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para proteger a todas las víctimas contra cualquier nuevo acto de violencia”, y es en este sentido en el que cabe efectuar el requerimiento de modificación normativa de unificación del tratamiento protector de las víctimas.

Esta delimitación de la protección de las víctimas de violencia de género debe incluir una referencia al Pacto de Estado en materia de violencia de género, aprobado en 2017²⁸ por el Gobierno, las CCAA y la Federación Española de Municipios y Provincias para el impulso de las políticas de erradicación de la violencia sobre la mujer y la construcción de una sociedad libre de violencia sobre las mujeres. El Pacto incluye 11 ejes de actuación, que van desde la realización de acciones de sensibilización y prevención al perfeccionamiento de la asistencia, ayuda y protección que se ofrece a las víctimas (eje 3) en el que se incluye el impulso de los planes de inserción laboral y la necesaria implicación de los agentes sociales. El Real Decreto-Ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgen-

2012, p. 96: “Tiene mucho de simbólico que la LOVG haya precedido a la LO 3/2007. Es algo más que una casualidad. En el fondo, revela un programa que atiende a la secuencia lógica de la Cumbre de Beijing: la lucha contra la violencia es lo primero. Y no solo porque sea lo más intolerable y lo más indigno, sino porque su erradicación constituye un presupuesto de la igualdad.”.

²⁵ GARCIA ROMERO, B., “La violencia de género desde la perspectiva del derecho del trabajo y de la seguridad social”, en *Aranzadi Social* nº 11/2012 (parte estudio).

²⁶ La protección de las víctimas de violencia en el trabajo ha de tratar de garantizar la protección de su salud laboral, la recuperación de la autoestima laboral, la reparación de la víctima y la sanción al agresor. El conjunto de medidas laborales se puede plantear desde la perspectiva preventiva, en el marco de la protección frente a los riesgos laborales, y en una perspectiva reparadora de la víctima y de protección de su relación laboral. Como se sabe, el artículo 7 de la LOI define los conceptos de acoso sexual y acoso por razón de sexo, en los siguientes términos: 1. Sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal, a los efectos de esta Ley constituye acoso sexual cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo. 2. Constituye acoso por razón de sexo cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo. 3. Se considerarán, en todo caso, discriminatorios el acoso sexual y el acoso por razón de sexo. 4. El condicionamiento de un derecho o de una expectativa de derecho a la aceptación de una situación constitutiva de acoso sexual o de acoso por razón de sexo se considerará también acto de discriminación por razón de sexo. Véase por todos, ALTÉS TÁRREGA, JA, *El acoso del trabajador en la empresa*, Valencia, 2008; y PÉREZ DEL RIO, T., *La violencia de género en el ámbito laboral: el acoso sexual y el acoso sexista*, citada, p. 22 y ss.

²⁷ Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 en BOE de 6 de junio de 2014.

²⁸ Puede consultarse <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/pactoEstado/home.htm>

tes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género desarrolló algunas de estas medidas, modificando algunos preceptos de la LOVG.

A este panorama normativo ha venido a sumarse el Convenio núm. 190 de la OIT, sobre violencia y acoso en el mundo del trabajo, al que ya se ha hecho referencia. El amplio enfoque del Convenio OIT 190 genera una ambiciosa consecuencia: todas las personas que trabajan han de quedar protegidas, con independencia de su situación contractual y de sus características personales²⁹, y es que una de las virtualidades del Convenio 190 OIT es, precisamente, la delimitación de un ámbito de protección frente al acoso y la violencia considerablemente más amplio que el previsto en el marco normativo internacional, supranacional y nacional, tanto en su dimensión material, como personal y espacio-temporal³⁰. Incluso el concepto de violencia de género puede ser objeto de revisión³¹. A efectos del Convenio 190 OIT “*la expresión «violencia y acoso por razón de género» designa la violencia y el acoso que van dirigidos contra las personas por razón de su sexo o género, o que afectan de manera desproporcionada a personas de un sexo o género determinado, e incluye el acoso sexual.*” Así, la violencia de género no se identifica con la violencia contra las mujeres; las víctimas de la violencia de género, en el Convenio 190 OIT también pueden ser hombres, relacionándose con los conceptos de identidad de género y orientación sexual. Ahora bien, no puede desconocerse que las principales víctimas son mujeres y los perpetradores, en su mayoría, hombres, pues lo contrario sería desconocer que la violencia de género femenino está instaurada de forma mayoritaria en la sociedad, con repercusión en las relaciones de trabajo³².

3. La protección de las víctimas de violencia de género trabajadoras y la inserción de las víctimas desempleadas

Si abordamos la protección de las víctimas de violencia de género en la LOVG, el acercamiento debe hacerse en función de su situación laboral. Dos tipos de problemas laborales se detectan. Por un lado, se constata una escasa incorporación de las víctimas de violencia de género al mundo laboral³³. Por otro lado, la utilización de los derechos laborales por las víctimas es escaso³⁴. De ello se deriva la necesidad de diferentes medidas, unas destinadas a mantener la relación laboral, compatibilizando el trabajo con la situación de violencia de género, otras destinadas a incentivar la incorporación al empleo de las víctimas desempleadas.

Para las víctimas con empleo por cuenta ajena, la normativa debe estar destinada a la protección de sus derechos laborales, el mantenimiento de su puesto de trabajo –pese a las especiales circunstancias de su vida personal–, aunque ello suponga una modificación de las condiciones de trabajo con el objetivo de facilitar la protección de su vida o salud, o bien facilitando el cese temporal, en la prestación de servicios. En este sentido la LOVG se centra en dos situaciones: la primera,

²⁹ PONS CARMENA, M., “Aproximación a los nuevos conceptos sobre violencia y acoso en el trabajo a partir de la aprobación del Convenio OIT 190”, citado, p. 57.

³⁰ YAGÜE BLANCO, S. “Convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso: delimitación de su ámbito de aplicación ante la posible ratificación por España”, citado, p. 518 y ss.

³¹ Sobre la cuestión, RAMOS QUINTANA, MI., “Enfrentar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo: la discusión normativa de la OIT”, *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 138, p. 94.

³² RAMOS QUINTANA, MI., “Enfrentar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo: la discusión normativa de la OIT”, citado, p. 94.

³³ El 7º Informe Addeco: *Un empleo contra la violencia*, citado, p. 15, señala que “la gran mayoría de las víctimas se encuentra en situación de desempleo, 61%, de las cuales la mitad (50,6%) está en situación de paro de larga duración”.

³⁴ Si tomamos en consideración los datos aportados por el 7º Informe Addeco: *Un empleo contra la violencia 2019* un elevado porcentaje de víctimas de violencia de género –el 80,6%– no se ha acogido a ninguno de los derechos profesionales por ser víctima de violencia de género, y un 48,6 % desconocía disponer de dichos derechos (pp. 18 y 19).

la trabajadora puede mantener su relación de trabajo, pero debe cohonestarlo con las medidas necesarias para garantizar su protección o su derecho a la asistencia social integral, por lo que se articulan medidas de conciliación en relación con el tiempo y el lugar de trabajo; la segunda, la trabajadora no puede mantener su relación de trabajo, temporal o definitivamente, por lo que se le facilita la suspensión y/o extinción de su contrato de trabajo. Del mismo modo para aquellas víctimas que son funcionarias públicas, y con idéntica finalidad, se incorporan medidas con las peculiaridades que derivan de la prestación de servicios en el empleo público³⁵. Por su parte, las opciones de las víctimas con empleo por cuenta propia las medidas de protección han de plantearse de forma distinta, atendiendo así a las especialidades del trabajo autónomo.

Para las víctimas de violencia de género que no tienen empleo, o se encuentran desarrollando un trabajo de forma informal, la perspectiva ha de ser la de facilitar su inserción laboral, protección a la que se refiere el art. 22 de la LOVG, y que se desarrolló en el RD 1917/2008, de 21 de noviembre, con un programa específico de inserción sociolaboral para las víctimas de violencia de género.

3.1. La protección laboral de las trabajadoras víctimas de violencia de género

Las opciones que la trabajadora víctima de violencia de género puede barajar para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, afectan al tiempo de trabajo –que podrá reordenar o reducir–, a la variación del lugar de trabajo –que podrá modificar–, así como medidas protectoras relativas a la posibilidad de interrumpir temporal –suspensión del contrato con reserva de su puesto de trabajo– o extinguir definitivamente su actividad laboral –extinción con tratamiento especial–, y finalmente medidas de protección frente a decisiones injustificadas del empresario. Es el artículo 21 de la LOVG el que anuncia las distintas opciones para las trabajadoras, mientras que su desarrollo lo encontramos en la Disposición Adicional 7ª de la LOVG.

3.1.1. Modificaciones contractuales para hacer efectiva la protección de la trabajadoras víctima de violencia de género

Para las trabajadoras víctimas de violencia de género, la LOVG prevé la posibilidad de introducir modificaciones en la relación laboral, bien del **tiempo de trabajo**, bien del **lugar de trabajo**, con el objetivo de permitir la compatibilidad del trabajo con su condición de víctimas violencia de género.

Se trata de modificaciones a iniciativa de la trabajadora –que debe acreditar ante el empresario su condición de víctima de violencia de género–, y que están sujetas a los límites legales, a las previsiones convencionales e incluso a las “fórmulas existentes en la empresa”.

Las **modificaciones del tiempo de trabajo** se refieren a dos aspectos³⁶: la opción por la **reducción de jornada** (reducción número de horas de trabajo acompañada de reducción salarial, que lleva aparejado el gran inconveniente de no protegerse mediante la prestación por desempleo parcial

³⁵ BELANDO GARÍN, B. “La evolución de los derechos de las funcionarias ante la violencia de género: el ejemplo valenciano”, en *La prevención y erradicación de la violencia de género: un estudio multidisciplinar y forense*, coord. Elena Martínez García, Juan Carlos Vegas Aguilar, Francisco Javier Boix Reig, 2012, págs. 267-283.

³⁶ La consideración de estas ausencias o faltas puntualidad como justificadas y no computables como absentismo ha perdido virtualidad tras la derogación del art. 52.d ET por el Real Decreto-ley 4/2020, de 18 de febrero, posteriormente convalidado por la Ley 1/2020, de 15 de julio.

No obstante, es preciso señalar que no se traslada el coste de las ausencias al empresario, ya que se trata de ausencias no retribuidas. Además, se impone a la trabajadora la necesidad de comunicación, aunque no de preavisar: a la empresa “a la mayor brevedad” (art. 21.4 LOVG).

por lo que no se atiende la pérdida salarial que conlleva; reducción de jornada prevista en los art. 21.1 LOVG y art. 37.8 ET); y la **reordenación de jornada**, a la que se refiere el art. 21.1 LO y que permitiría a la trabajadora una redistribución del tiempo de trabajo y de descanso³⁷.

La compatibilidad del trabajo y la condición de víctima de violencia de género también puede exigir modificaciones del lugar de trabajo, a las que se refieren los arts. 21.1 LOVG y el actual art. 40.4 ET. En realidad, de acuerdo con estas previsiones legislativas sólo existe una preferencia a ocupar otro puesto de trabajo en otro centro de trabajo, lo que sólo podrá darse en los supuestos en que e la empresa tenga más de un centro de trabajo, siempre que existan vacantes de mismo grupo o categoría equivalente, y con una duración inicialmente temporal 6 meses –durante los cuales se reserva el puesto de origen– y a partir de ese momento puede convertirse en una modificación definitiva, a iniciativa de la trabajadora. Al empresario le incumbe la comunicación de las vacantes presentes o futuras y la reserva de puesto origen. Esta movilidad puede exigir la sustitución de la trabajadora mediante una contratación de interinidad que se acompaña de bonificación de cuotas de la Seguridad Social, como señala el art. 21.3 de la LOVG.

En cuanto a la modificación de las condiciones de la prestación de servicios también debe en la actualidad hacerse referencia a la opción por el trabajo a distancia –fuera de los establecimientos habituales de la empresa–, pudiendo atender a las previsiones del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre. Cabe destacar la nota de voluntariedad que rige el acceso al trabajo a distancia de acuerdo con la sección 1ª de l Capítulo II del Real Decreto-Ley 28/2020, y que adquiere especial relevancia en el caso de las víctimas de violencia de género, tanto en los supuestos de convivencia con el agresor, como en aquellos en que la víctima necesita una resocialización. Esta misma norma ha modificado los términos del mencionado art. 37.8 ET para incluir el derecho de las víctimas de violencia de género a realizar su trabajo total o parcialmente a distancia o a dejar de hacerlo si este fuera el sistema establecido, siempre en ambos casos que esta modalidad de prestación de servicios sea compatible con el puesto y funciones desarrolladas por la persona. Como se aprecia en la redacción del art. 37.8 ET se ha reflejado la especial voluntariedad que debe concurrir tanto en el acceso al trabajo a distancia como en el cese de esta modalidad de prestación de servicios³⁸. Pues bien, debe señalarse que la modificación del art. 37.8 ET para incluir, entre los derechos de las víctimas de violencia de género, el derecho a trabajar a distancia o a dejar de hacerlo, se debe configurar como una excepción a la voluntariedad que la regulación vigente del trabajo a distancia ha venido a establecer, debiendo ceder la voluntariedad empresarial en beneficio de la protección de la víctima de violencia de género, aunque el ejercicio del derecho quede vinculado a las cautelas generales de tomar en consideración los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo con la empresa, así como a la opción judicial para la resolución de las discrepancias. En este sentido, puede tenerse en cuenta que la regulación del trabajo a distancia recuerda que “En la elaboración de medidas para la protección de las víctimas de violencia de género, deberán tenerse especialmente en cuenta, dentro de la capacidad de actuación empresarial en este ámbito, las posibles consecuencias y particularidades de esta forma de prestación de servicios en aras a la protección y garantía de derechos sociolaborales de estas personas” (art. 4 del RDL 28/2020).

³⁷ Sobre la necesidad de que la negativa de la empresa al cambio solicitado debe basarse en razones materiales, causa organizativa o productiva, en supuesto de conciliación de trabajo y violencia de género, véase la STSJ Andalucía-Granada de 28 de marzo de 2019, rec. 1898/2018.

³⁸ Sobre la voluntariedad en el trabajo a distancia debe consultarse LÓPEZ BALAGUER, M., “Voluntariedad del trabajo a distancia: el acuerdo de trabajo a distancia”, en AAVV (dir. LÓPEZ BALAGUER) *El trabajo a distancia en el RDL 28/2020*, Valencia, 2020, pp. 87 a 116.

3.1.2. La incompatibilidad del trabajo y la condición de víctima de violencia de género

Como medidas **alternativas** o subsidiarias se facilita el **cese temporal** en la prestación de servicios, a través de **la suspensión del contrato** con reserva de puesto de trabajo³⁹ (así se deriva del art. 21.1 LOVG y se concreta en los arts. 45.1.n y 48.10 ET y en la LGSS) con una duración inicial máxima de 6 meses (duración que va a depender de la voluntad de la trabajadora víctima de violencia de género); que admite prórrogas (en este caso con intervención **judicial**, de 3 meses y hasta 18 meses). La suspensión del contrato de trabajo sabemos que conlleva una pérdida de salario, pero esta circunstancia se protege mediante la percepción de prestación por **desempleo** (art. 267.1.b.2 LGSS).

También se facilita el **cese definitivo** en la prestación de servicios, **extinción** del contrato por voluntad de la trabajadora, dimisión que se incorpora en la letra m del art. 49.1 ET, con dos diferencias fundamentales con la dimisión común: la comunicación formal a la empresa no requiere un plazo de preaviso y, además, se prevé la protección de la pérdida salarial, mediante el acceso a la prestación por **desempleo** (art. 267.1.a.5 LGSS).

3.1.3. La protección frente a decisiones injustificadas del empresario

La consideración de una trabajadora como víctima de violencia de género puede lesionar la relación laboral, deteriorarla y originar en el empresario la voluntad de adoptar decisiones extintivas. Para proteger a la trabajadora frente a posibles decisiones injustificadas de la empresa la LOVG adopta una fórmula ya conocida en nuestro ordenamiento jurídico laboral relativa a la protección frente al despido (disciplinario u objetivo), incluyéndose un nuevo supuesto de nulidad de la decisión empresarial: el de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral, salvo que se declare la procedencia del despido (53.4.b y 55.5.b del ET). Se pretende así proteger a la víctima de violencia de género frente a decisiones injustificadas del empresario, sin necesidad de acreditar un móvil discriminatorio ni vulneración de derechos fundamentales⁴⁰.

El sistema adoptado se configura condicionado a las víctimas que han hecho uso de alguno de los derechos tasados legalmente; no se acude a una fórmula general de protección automática de las trabajadoras víctimas de violencia de género, sino solamente se protege a la trabajadora que ejerce sus derechos, para que no pueda ser represaliada por ello mediante una extinción del contrato que pueda ser declarada improcedente –y en consecuencia indemnizada–⁴¹. De esta manera, para que sea efectiva esta causa de nulidad, la trabajadora no sólo ha de acreditar su condición de víctima de violencia de género, sino que además debe haber hecho uso de los derechos que la legislación le atribuye por su condición de víctima de violencia de género, de tal modo que se cree la relación entre la decisión de la empresa –el despido– y la condición de víctima⁴². Así, es preciso

³⁹ Sobre petición errónea de excedencia, véase la STSJ Aragón de 2 de octubre de 2019, rec. 441/2019, que estimó debía interpretarse la concurrencia en la trabajadora de un claro error sustancial, de derecho y excusable, y la obligación de la empresa de informar adecuadamente.

⁴⁰ En sentido contrario, si la trabajadora plantea la existencia de una discriminación por razón de sexo, no será necesario acreditar el ejercicio de derechos reconocidos a las víctimas de violencia de género en la LOVG, sino indicios que generen una apariencia de discriminación, debiendo el empresario probar la existencia de un motivo razonable de despido; un ejemplo en la STSJ Islas Canarias-Las Palmas de 10 de julio de 2019 (rec. 388/2019)

⁴¹ SEMPERE NAVARRO, AV, “Cinco casos recientes sobre colectivos vulnerables (prostitutas, extranjeros, víctimas de violencia de género, discapacitados, jubilados forzosos”, en *Aranzadi Social* n° 14/2008, p. 2 de 3.

⁴² STSJ Cataluña de 28 de enero de 2010 (rec. 5668/2009). También PERÁN QUESADA, S, “La protección de la trabajadora víctima de violencia de género ante el despido. Comentario a la Sentencia del TJSJ de Cataluña (Sala de lo Social), de 3 de octubre de 2008”, en *Aranzadi Social* 58/2008 (westlaw.es, BIB 2008/2789), p. 3 de 5.

que la empresa conozca la situación, pues sólo de ese modo es posible entender que la empresa ha tratado de lesionar el derecho de la trabajadora. A la trabajadora corresponde aportar prueba indiciaria, y a la empresa aportar una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada de la medida adoptada y de su proporcionalidad⁴³, no vinculada con la situación de violencia de género ni con el uso de los derechos que corresponden. Se otorga así a la trabajadora una tutela adicional durante los períodos de ejercicio de los derechos mencionados que se proyecta al ámbito de la carga probatoria ante la presunción de nulidad derivada del hecho de haberse producido la extinción durante el período protegido⁴⁴. Como puede apreciarse no se trata de una inmunidad de las trabajadoras ante decisiones extintivas del empresario, sino que, solamente se produce una inmunidad ante decisiones injustificadas del empresario.

3.2. La protección de las víctimas de violencia de género funcionarias

Los artículos 24, 25 y 26 de la LOVG se dedican al reconocimiento de derechos a las funcionarias víctimas de violencia de género, que se completan con las modificaciones que la DA 9ª de la misma ley introdujo en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, para su adecuación al contenido de la LOVG. Sin embargo, estos preceptos de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, fueron derogados por la Disposición Derogatoria de la Ley 7/2007, de 12 de abril, que aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), y sustituidos por preceptos del propio EBEP. El texto actualmente vigente lo constituye el aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, que aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público

Los artículos 24 y 25 de la LOVG reconocen los siguientes derechos a las funcionarias víctimas de violencia de género: el derecho a la reducción o a la reordenación de su tiempo de trabajo; el derecho a la movilidad geográfica de centro de trabajo; el derecho a la excedencia y la justificación de las faltas de asistencia al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia de género. El conjunto se completa con el artículo 26 de la LOVG que establece como los medios de acreditación de la condición de víctima de violencia de género⁴⁵.

Pues bien, los derechos que la LOVG reconoce a las funcionarias víctimas de violencia de género, y que en la actualidad desarrolla el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), se pueden agrupar en derechos vinculados al tiempo de trabajo; derechos vinculados a la modificación del lugar de trabajo y, finalmente la excedencia de la funcionaria víctima de violencia de género.

⁴³ STSJ Castilla La Mancha de 2 de noviembre de 2007 (rec. 1117/2007).

⁴⁴ STSJ Cataluña de 3 de octubre de 2008 (rec. 587/2007). En este supuesto la extinción se produce cuando la trabajadora se encuentra de baja por depresión motivada por el acoso de su antigua pareja, alegando la empresa que la trabajadora "realizaba vida totalmente normal durante la baja". Previamente a la baja laboral la trabajadora había solicitado y obtenido del Juzgado de Violencia Doméstica sobre la mujer número 1 de Barcelona auto de medidas cautelares en cuya parte dispositiva impone a su pareja la prohibición de aproximarse a menos de 500 metros de ella. Además, obtuvo del empresario resolución favorable a la solicitud de cambio de turno (de nocturno a jornada completa en diurno). El Tribunal entiende que se dan los presupuestos normativos de los que se deriva su cualificada situación frente a la posterior decisión disciplinaria del empresario; y así, aunque la trabajadora se encontrara en ese momento en situación de incapacidad temporal hay que considerarla como ejerciente de los derechos de adaptación de tiempo de trabajo, por lo que le resulta aplicable la garantía de nulidad del artículo 55.5.b ET. Y ello porque la causa alegada por la empresa imputándole a la trabajadora el haber "realizado vida totalmente normal" carece de entidad disciplinaria dado que la baja médica se debe a "patología de trastorno de ansiedad generalizado secundario a violencia de género". Sobre esta sentencia SEMPERE NAVARRRO, AV, "Cinco casos recientes sobre colectivos vulnerables (prostitutas, extranjeros, víctimas de violencia de género, discapacitados, jubilados forzosos)", en *Aranzadi Social* nº 14/2008, p. 2 de 3.

⁴⁵ Se defendió, sin embargo, la necesidad de matizar, eliminar o suavizar este requisito, al menos en las situaciones iniciales de violencia en que se tutele a la víctima, aunque no se recurra al procedimiento legal, de tal forma que al menos las ausencias al trabajo se entiendan justificadas y probadas por cualquier medio admisible en derecho. En este sentido, FERNÁNDEZ LÓPEZ, MF, "La violencia de género y el régimen de la función pública. Una construcción inacabada de su régimen jurídico", en *Relaciones Laborales*, Revista crítica de teoría y práctica, nº 10, 2008.

Se ha señalado que la ley en lugar de tener en cuenta las peculiaridades del régimen jurídico de las funcionarias víctimas de violencia de género lo que trata de hacer es equiparar la tutela a la de las trabajadoras por cuenta ajena, lo que provoca defectos de cobertura⁴⁶.

El artículo 24 de la LOVG establece el derecho de la funcionaria víctima de violencia de género a la **reducción o reordenación de su tiempo de trabajo**, precepto que se desarrolla en el art. 49 letra d del EBEP a través de un **permiso de trabajo para las funcionarias víctimas de violencia de género**. Se trata de un **permiso** por razón de violencia de género sobre la mujer funcionaria, que va a implicar que sus faltas de asistencia, totales o parciales, tendrán la consideración de justificadas por el tiempo y en las condiciones en que así lo determinen los servicios sociales de atención o de salud según proceda. Se trata de conceder un trato especial, al no considerarse incumplimiento estas faltas de asistencia o de puntualidad, por lo que no deberá sufrir descuento en su **retribución** ni podrán ser **sancionadas**⁴⁷. Debe señalarse que la aplicación de este régimen jurídico sólo será posible en aquellas ausencias vinculadas de forma directa con el recurso de la víctima a los servicios sociales y de salud, exigiéndose además que sean éstos quienes determinen el tiempo y las condiciones de estas ausencias, lo que ha sido objeto de crítica doctrinal⁴⁸.

Asimismo, se reconoce el derecho a la **reducción** de la jornada con disminución proporcional de la retribución, para hacer efectiva su protección o su derecho de asistencia social integral. Se trata de un derecho en aras de hacer efectiva su protección integral; derecho no sometido a requerimientos complementarios de necesidad del servicio ni a otra apreciación, más que la de la funcionaria afectada⁴⁹. Ahora bien, consecuencia inmediata del ejercicio de este derecho por la funcionaria víctima de violencia de género es la reducción proporcional de su jornada y su retribución, por lo supondrá para ella una obvia merma de ingresos. No se establecen parámetros mínimos ni máximos de reducción⁵⁰, pero sí una vinculación causal entre el derecho y la finalidad del mismo: se trata de garantizar la protección de la funcionaria víctima de violencia de género o su derecho de asistencia social integral. Podrá hacerse efectiva mediante una reducción de la jornada diaria, semanal o mensual, esto es, aunque pueda resultar más habitual la reducción en el número de horas al día en que se prestan servicios, también es posible que se reduzcan los días de asistencia al trabajo a la semana o al mes. Como garantía, el art. 49 d EBEP establece que la funcionaria pública mantendrá sus retribuciones íntegras cuando reduzca su jornada en un tercio o menos.

Finalmente, se reconoce un derecho a la **reordenación** del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que sean aplicables, en los términos que para estos supuestos establezca la Administración Pública competente en cada caso. La primera cuestión que llama la atención es que no se trata de un derecho incondicionado, ejercitable dependiendo exclusivamente de la voluntad de la funcionaria, sino que queda condicionado a las disposiciones de la Administración⁵¹. Se establecen

⁴⁶ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., “La violencia de género y el régimen de la función pública. Una construcción inacabada de su régimen jurídico”, en *Relaciones Laborales*, Revista crítica de teoría y práctica, nº 10, 2008. Véase también respecto al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. “La fijación de condiciones laborales en el ámbito público”, en BLASCO PELLICER/LÓPEZ BALAGUER (dirs.), *Las relaciones laborales en el sector público*, Valencia, 2019, pp. 173-174 y 190-194.

⁴⁷ RODRIGUEZ ESCANCIANO, S., “La protección de la funcionaria víctima de violencia de género”, *Tribuna Social*, nº 185/2006, pp. 30 y ss.

⁴⁸ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., “La violencia de género y el régimen de la función pública. Una construcción inacabada de su régimen jurídico”, en *Relaciones Laborales*, Revista crítica de teoría y práctica, nº 10, 2008.

⁴⁹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., “La violencia de género y el régimen de la función pública. Una construcción inacabada de su régimen jurídico”, citado.

⁵⁰ RODRIGUEZ ESCANCIANO, S., “La protección de la funcionaria víctima de violencia de género”, citado, p. 35.

⁵¹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., “La violencia de género y el régimen de la función pública. Una construcción inacabada de su régimen jurídico”, citado.

varias posibilidades de reordenación de la jornada de trabajo: adaptación del horario, aplicación de horario flexible y otras formas aplicables, pero se trata de un derecho que se ejercitará vinculado a las posibilidades de la Administración, por tanto a las necesidades del servicio, lo que requerirá un ajuste entre las necesidades del servicio y las de la funcionaria víctima de violencia de género, de forma que resulte adecuadamente valorado el derecho de ésta, lo que exige, en su caso, una denegación expresa y motivada, dado que restringe un derecho que la ley reconoce a la funcionaria⁵². Será la funcionaria la que deba elegir la fórmula que pueda resultar más eficaz para garantizar su protección o su derecho a la asistencia social. Una vez concedido no se fija normativamente una duración temporal, de manera que sería posible la adscripción a la nueva fórmula de ordenación del tiempo de trabajo con duración coincidente con la situación de la funcionaria víctima, en función de la permanencia de las circunstancias que condicionan su situación de víctima de violencia de género. Interesante resulta la remisión que, para el ejercicio de estos derechos establece el art. 49 d EBEP, al establecer que se realizará “en los términos que para estos supuestos establezca el plan de igualdad de aplicación o, en su defecto, la Administración Pública competente en cada caso”, lo que parece exigir un protocolo previo a través del Plan de Igualdad u otro instrumento establecido en cada Administración Pública.

Por su parte, el artículo 24 de la LOVG se refiere al derecho de la funcionaria víctima de violencia de género a la movilidad geográfica. Es el artículo 82 del EBEP el que se refiere a la **movilidad** por razón de violencia de género, en los siguientes términos:

1. Las mujeres víctimas de violencia de género que se vean obligadas a abandonar el puesto de trabajo en la localidad donde venían prestando sus servicios, para hacer efectiva su protección o el derecho a la asistencia social integral, tendrán derecho al traslado a otro puesto de trabajo propio de su cuerpo, escala o categoría profesional, de análogas características, sin necesidad de que sea vacante de necesaria cobertura. Aun así, en tales supuestos la Administración Pública competente, estará obligada a comunicarle las vacantes ubicadas en la misma localidad o en las localidades que la interesada expresamente solicite.

Se trata de facilitar el cambio de lugar de prestación de servicios a las mujeres víctimas de violencia de género, para hacer efectiva su protección o el derecho a la asistencia social integral, de forma paralela a la regulación de las trabajadoras por cuenta ajena, pero con las peculiaridades derivadas de tratarse de un servicio prestado para la Administración Pública en régimen funcional⁵³. Este traslado tendrá la consideración de traslado **forzoso**, la movilidad tiene como resultado la permanencia en el puesto al que es trasladada, perdiendo su derecho respecto a la plaza de origen⁵⁴; la funcionaria tendrá derecho a que se le respeten sus retribuciones y condiciones esenciales de trabajo y las indemnizaciones establecidas para los traslados forzosos⁵⁵. Y finalmente debe considerarse además la limitación de las funcionarias públicas cuya movilidad geográfica está limitada además al territorio en que opera la Administración correspondiente, lo que tendrá menor repercusión en la Administración estatal o autonómica, pero será decisiva en la Administración local⁵⁶.

⁵² La motivación debe evidenciar que la Administración se ha planteado el ejercicio del derecho en términos de razonabilidad y proporcionalidad, evitando manifestaciones genéricas, como señala FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., “La violencia de género y el régimen de la función pública. Una construcción inacabada de su régimen jurídico”, citado.

⁵³ Por todos, MORENO MÁRQUEZ, A., “La movilidad de la funcionaria víctima de violencia de género tras el Estatuto Básico del Empleado Público”, en *Aranzadi Social*, nº 7/2008 (Estudio), BIB 2008/1460, *westlaw.es*, p. 3/13.

⁵⁴ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., “La violencia de género y el régimen de la función pública. Una construcción inacabada de su régimen jurídico”, citado.

⁵⁵ MORENO MÁRQUEZ, A., “La movilidad de la funcionaria víctima de violencia de género tras el Estatuto Básico del Empleado Público”, citado, p. 7 de 13.

⁵⁶ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., “La violencia de género y el régimen de la función pública. Una construcción inacabada de su régimen jurídico”, citado. No obstante, se ha planteado si es posible la movilidad interadministrativa de la funcionaria víctima de violencia de género, al amparo del artículo 84 EBEP, aunque reconociendo que no existe obligación de incluirse podría hacerse

En las actuaciones y procedimientos relacionados con la violencia de género, se protegerá la **intimidad** de las víctimas, en especial, sus datos personales, los de sus descendientes y las de cualquier persona que esté bajo su guarda o custodia. Esta previsión obliga a la Administración a mantener confidencialidad sobre el proceso de modificación del lugar de trabajo, en todas sus fases, sin dar publicidad a sus actuaciones. La necesidad de mantener secreto sobre estas informaciones se constituye en un elemento para garantizar la integridad física de la víctima de violencia de género. Como consecuencia de ello la comunicación de las vacantes deberá efectuarse de forma individualizada, y las actuaciones y/o procedimientos que sigan a esa movilidad deberán caracterizarse por la ausencia de publicidad, evitando que esa información llegue al agresor⁵⁷

Y, por último, el artículo 24 de la LOVG reconoce el derecho a la excedencia vinculada a la condición de víctima de violencia de género. El art. 89 del EBEP se refiere a la **excedencia** por razón de violencia de género, que permite a la funcionaria dejar de prestar servicios, de forma temporal, sin requerir el consentimiento de la Administración –ya que se configura como un derecho de la funcionaria⁵⁸– y que le concede la reserva de su puesto de trabajo. Se trata de una categoría independiente de los otros modelos de excedencia, reconocida de forma generosa por el legislador en cuanto los requisitos establecidos para su disfrute⁵⁹.

El régimen previsto en la norma se desarrolla en los siguientes términos: Las funcionarias víctimas de violencia de género tendrán derecho a solicitar la situación de excedencia, sin tener que haber prestado un tiempo mínimo de servicios previos y sin que sea exigible plazo de permanencia en la misma (a diferencia del resto de supuestos de excedencia en los que sí se exige una prestación previa de servicios⁶⁰). Durante los **seis** primeros meses tendrán derecho a la reserva del puesto de trabajo que desempeñarán, siendo computable dicho período a efectos de antigüedad, carrera y derechos del régimen de Seguridad Social que sea de aplicación. Cuando las actuaciones judiciales lo exigieran se podrá prorrogar este periodo por tres meses, con un máximo de **dieciocho**. Se garantiza la retribución durante el período inicial de duración del período: durante los **dos** primeros meses de esta excedencia la funcionaria tendrá derecho a percibir las retribuciones íntegras y, en su caso, las prestaciones familiares por hijo a cargo. Esta garantía retributiva durante un período de 2 meses constituye una novedad del EBEP con respecto al régimen inicialmente incluido en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, pero sin duda es insuficiente, y la falta de ingresos se convierte, sin duda, en un elemento desincentivado de este recurso, calificado de inadvertencia de la ley, abierta laguna de notable magnitud⁶¹.

3.3. La protección del trabajo por cuenta propia

Situación distinta es la de las víctimas de violencia de género que sean trabajadoras por cuenta propia o autónomas. Habría que destacar que la LOVG apenas contenía previsiones para las trabajadoras autónomas, lo que producía un claro desequilibrio respecto de las trabajadoras por cuenta

a través del denominado Convenio de Conferencia Sectorial u otros instrumentos de colaboración. En este sentido, MORENO MÁRQUEZ, A., “La movilidad de la funcionaria víctima de violencia de género tras el Estatuto Básico del Empleado Público”, citado, p. 9/13.

⁵⁷ MORENO MÁRQUEZ, A., “La movilidad de la funcionaria víctima de violencia de género tras el Estatuto Básico del Empleado Público”, citado, p. 8/13.

⁵⁸ RODRIGUEZ ESCANCIANO, S., “La protección de la funcionaria víctima de violencia de género”, citado, p. 36.

⁵⁹ BELANDO GARÍN, B., “Función pública y realidad social. La nueva adaptación del régimen jurídico de los funcionarios públicos realizada por la Ley Integral contra la Violencia de Género”, en AAVV, coord. BOIX REIG/MARTÍNEZ GARCIA, *La nueva Ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*, Justel, Madrid, 2005, p. 468 y ss.) señala como tales la inexistencia de período de carencia y de período de disfrute.

⁶⁰ RODRIGUEZ ESCANCIANO, S., “La protección de la funcionaria víctima de violencia de género”, citado, p. 37.

⁶¹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, MF, “La violencia de género y el régimen de la función pública. Una construcción inacabada de su régimen jurídico”, citado.

ajena⁶², pero la situación cambió ligeramente cuando se aprueba el Estatuto del Trabajo Autónomo –Ley 20/2007, de 11 de julio–, aunque solamente respecto de las trabajadoras autónomas económicamente dependientes.

Solo dos referencias en la LOVG: el artículo 21.5 que incorpora el cese de actividad –temporal o definitivo– como la vía de protección de la trabajadora autónoma; y el artículo 22 que determinó que en el marco del programa específico de empleo para las víctimas de violencia de género se debían incluir medidas para favorecer el inicio de una nueva actividad por cuenta propia.

De estas previsiones se deriva que sólo el cese en la actividad se configura como mecanismo útil para las trabajadoras autónomas víctimas de violencia de género, pues en este caso se derivan las medidas siguientes:

1. suspensión de la obligación de cotización durante un período máximo de seis meses. Nótese que se trata de un período máximo de seis meses, lo que permitirá a la trabajadora hacer uso de un período inferior pero no de un período superior –a diferencia de la suspensión del contrato de la trabajadora por cuenta ajena⁶³–. Finalizado el período de suspensión de la obligación de cotizar se obliga a la trabajadora autónoma a optar entre reiniciar su actividad –aunque el riesgo de agresión o su situación personal no hayan sido resueltas– o mantener la suspensión sin conservación de los derechos de cotización, con la correspondiente laguna de cotización.
2. consideración de ese período como de cotización efectiva a efectos de las prestaciones de Seguridad Social. A estos efectos se tomará una base de cotización equivalente al promedio de las bases cotizadas durante los seis meses previos a la suspensión de la obligación de cotizar⁶⁴. Se toma en consideración la propia cotización de la trabajadora autónoma víctima de violencia de género, y no las bases mínimas de cotización previstas en el régimen especial de trabajadores autónomos o por cuenta propia.
3. situación asimilada al alta. Además, este período tendrá la consideración de situación asimilada al alta (artículo 21.5 de la LOVG), aunque la norma nada indica sobre el contenido y alcance de esta situación⁶⁵.

La trabajadora deberá acreditar que ha cesado en su actividad, mediante declaración escrita de la solicitante de haber cesado o interrumpido su actividad económica o profesional prestando declaración sobre la persona que gestiona directamente el establecimiento mercantil, industrial o de otra naturaleza de la que es titular, o en su caso, sobre el cese temporal o definitivo de la actividad. Y junto a ello deberá acreditar su condición de víctima de violencia de género en los términos señalados en el artículo 23 de la LOVG. De tratarse de una trabajadora autónoma económicamente dependiente, aquella declaración podrá ser sustituida por la comunicación escrita del cliente del que dependa económicamente en la que se hará constar el cese o la interrupción de la actividad. Tanto la declaración como la comunicación han de contener la fecha a partir de la cual se ha producido el cese o la interrupción⁶⁶.

⁶² POLO SÁNCHEZ, MC, “La trabajadora autónoma víctima de violencia de género: el marco de protección socioeconómico en el ejercicio de actividades por cuenta propia”, en AAVV, MORGADO PANADERO (Dir.), *Trabajo Autónomo e Igualdad: Reflexiones desde el Derecho del Trabajo*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 121-122.

⁶³ Así debería efectuarse una equiparación con los períodos de suspensión de contrato de trabajo y de cese de actividad de trabajadora autónoma, como se ha señalado por GALA DURÁN, C, “Violencia De género y Derecho del Trabajo: una aproximación a las diversas medidas previstas”, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2005.

⁶⁴ Se genera la duda de qué ocurre si no acredita el mínimo de seis meses de cotización. POLO SÁNCHEZ, MC, “La trabajadora autónoma víctima de violencia de género: el marco de protección socioeconómico en el ejercicio de actividades por cuenta propia”, citado, p. 126.

⁶⁵ BARRIOS BAUDOR, GL, “Violencia de género y trabajadoras autónomas: período de cotización ficticia y situación asimilada al alta por violencia de género”, citado, p. 584 y ss.

⁶⁶ Artículo 6 de la Ley 32/2010.

Durante el período de cese temporal o definitivo es posible que la trabajadora acceda a la prestación de cese por actividad. La Ley 32/2010, de 5 de agosto, estableció un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos, que, además de reiterar la suspensión de la obligación de cotizar, regula una prestación económica para cubrir esas situaciones de cese originadas por la violencia de género a la trabajadora autónoma⁶⁷.

La aprobación del ETA por la Ley 20/2007 supone la incorporación de medidas destinadas a la protección de las trabajadoras autónomas económicamente dependientes –de acuerdo con el art. 11– que sean víctimas de la violencia de género. Así para las víctimas TRADE, son varios los preceptos de la Ley 20/2007 que resultan aplicables: el artículo 14, en relación con el tiempo de trabajo, regula el derecho a la adaptación del horario de actividad con el objeto de hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral. Esta previsión deberá entenderse en sentido amplio –horarios flexibles de trabajo, distribución irregular de la jornada semanal, reparto del descanso semanal, interrupciones de la jornada anual...–, y, además, deberá ser la trabajadora autónoma económicamente dependiente la que adopte la decisión respecto de su tiempo de trabajo y actividad; el artículo 16 considera causa justificada de interrupción de la actividad la situación de violencia de género, para que la trabajadora autónoma haga efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, lo que permitirá justificar ausencias o interrupciones para acceder a los servicios integrales de protección –servicios de salud o de asistencia social; y, finalmente, el artículo 15 añade que la relación contractual podrá extinguirse por decisión de la trabajadora autónoma económicamente dependiente que se vea obligada a extinguirla como consecuencia de ser víctima de violencia de género –esto es, como medio de garantía de protección de su integridad física–. Esta medida se adoptará cuando se ponga en evidencia la imposibilidad de mantener la actividad profesional de la trabajadora autónoma económicamente dependiente mientras permanezca el riesgo sobre su vida o integridad física⁶⁸.

A estas previsiones pueden añadirse las de los arts. 32⁶⁹ y 32 bis⁷⁰ del ETA, que tras la modificación incorporada por el RDL 28/2018, *de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo*, se refieren a reducciones de duración temporal sobre la cotización por contingencias comunes para, entre otros colectivos, víctimas de violencia de género que causen alta inicial o que no hubieran estado en situación de alta en los 2 años inmediatamente anteriores, a contar desde la fecha de efectos del alta, en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos y para la cotización a la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia agrarios incluidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios.

3.4. La protección e inserción de las víctimas de violencia de género desempleadas

La LOVG, y posteriores normas de desarrollo estatal y autonómico⁷¹, han diseñado un sistema de

⁶⁷ Situación que la propia ley 32/2010 extiende a las socias trabajadoras de cooperativas de trabajo asociado, así como a las trabajadoras autónomas que ejerzan su actividad profesional conjuntamente con otros en régimen societario o bajo cualquier otra forma jurídica admitida en derecho.

⁶⁸ POLO SÁNCHEZ, MC, “La trabajadora autónoma víctima de violencia de género: el marco de protección socioeconómico en el ejercicio de actividades por cuenta propia”, citado, p. 139.

⁶⁹ Beneficios en la cotización a la Seguridad Social para las personas con discapacidad, inicial o sobrevenida, víctimas de violencia de género y víctimas del terrorismo que se establezcan como trabajadores por cuenta propia.

⁷⁰ Beneficios en la cotización a la Seguridad Social para las personas con discapacidad, inicial o sobrevenida, víctimas de violencia de género y víctimas del terrorismo que se establezcan como trabajadores por cuenta propia incluidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios.

⁷¹ Puede consultarse la Guía de recursos autonómicos en https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/Recursos_Autonomicos/docs/Descripcion_Recursos_1.pdf

reinserción laboral y de apoyo económico para las víctimas de violencia de género que se encuentran en situación de desempleo con el objetivo de promover su inserción laboral y proteger situaciones de falta de independencia económica.

De las previsiones de la LOVG pueden destacarse dos en este sentido.

Por un lado, el artículo 22 de la LOVG que estimó la necesidad de incluir un programa específico para las víctimas de violencia de género en situación de desempleo:

En el marco del Plan de Empleo del Reino de España, se incluirá un programa de acción específico para las víctimas de violencia de género inscritas como demandantes de empleo. Este programa incluirá medidas para favorecer el inicio de una nueva actividad por cuenta propia.

Por otro lado, el artículo 27 LOVG que estableció el derecho a percibir una ayuda económica a las víctimas de violencia de género que se encuentran en un determinado nivel de rentas y respecto de las que se encuentran en especiales dificultades para obtener un empleo⁷².

Finalmente, las víctimas de violencia de género han sido incluidas en programas autonómicos como colectivo específico requerido de apoyo económico y fomento de su empleabilidad, por cuenta propia o por cuenta ajena.

3.4.1. Medidas que facilitan la inserción sociolaboral de las víctimas de violencia de género

El plan específico al que se refiere el art. 22 LOVG se aprobó con el RD 1917/2008, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el programa de inserción sociolaboral para mujeres víctimas de violencia de género que incluye un conjunto de medidas de políticas activas de empleo y su regulación⁷³. Previamente se habían incluido algunas medidas de fomento de empleo –bonificaciones en las cuotas a la Seguridad Social en los supuestos de contratación de mujeres maltratadas– que no constituían un verdadero programa específico⁷⁴.

Lo interesante de las propuestas es que van más allá de las bonificaciones de cuotas y/o subvenciones a las empresas, tradicionales medidas de fomento del empleo en el sistema español⁷⁵.

⁷² MELLA MÉNDEZ, L., “El programa estatal de inserción sociolaboral de las víctimas de violencia de género en España: una visión general”, en AAVV, *Violencia de género y derecho del trabajo, Estudios Actuales sobre puntos críticos*, citado, p. 275.

⁷³ GARCIA ROMERO, B., “La violencia de género desde la perspectiva del derecho del trabajo y de la seguridad social”, en *Aranzadi Social* nº 11/2012 (parte estudio).

⁷⁴ MELLA MÉNDEZ, L., “El programa estatal de inserción sociolaboral de las víctimas de violencia de género en España: una visión general”, en AAVV, *Violencia de género y derecho del trabajo, Estudios Actuales sobre puntos críticos*, citado, p. 276.

⁷⁵ Estas clásicas medidas de fomento también se prevén para la contratación de las víctimas en el art. 21.3 de la LOVG, y en la Ley 43/2006. El artículo 21.3 LOVG establece una bonificación para las empresas que tengan que sustituir a una trabajadora víctima de violencia de género para los supuestos de suspensión de contrato o de movilidad geográfica “durante los períodos de reserva de puesto de trabajo. La empresa tendrá derecho a una bonificación del 100 por 100 de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes durante todo el período de suspensión o durante 6 meses en los supuestos de movilidad geográfica o de traslado. Por su parte, la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, establece bonificaciones a las contrataciones, indefinidas o temporales, de trabajadores que acrediten la condición de víctimas de violencia de género: el apartado 2 del artículo 1 de la Ley 43/2006 “de acuerdo con la redacción dada al mismo por la Ley 3/2012 regula con carácter excepcional bonificaciones para los contratos temporales que se celebren con personas que tengan acreditada la condición de víctima de violencia de género, o de víctima de violencia doméstica. De forma más concreta el artículo 2.4 de la Ley 43/2006 señala que los empleadores que contraten indefinidamente a personas que tengan acreditada la condición de víctima de violencia de género o de víctima de violencia doméstica, sin que sea necesaria la condición de estar en desempleo, tendrán derecho, desde la fecha de celebración del contrato, a una bonificación mensual de la cuota empresarial a la Seguridad Social. También en el caso de que se celebren contratos temporales con estas personas se tendrá derecho a una bonificación mensual de la cuota empresarial a la Seguridad Social o, en su caso, por su equivalente diario, durante toda la vigencia del contrato.

En el apartado de medidas que pretenden facilitar la inserción sociolaboral de las víctimas desempleadas encontramos las siguientes:

- En primer lugar, se prevé un Itinerario de inserción sociolaboral, individualizado y realizado por personal especializado en los servicios públicos de empleo. La orientación deberá ser individualizada; se realizará por personal técnico especializado⁷⁶ que será el responsable de su seguimiento y evaluación, coordinando las distintas acciones en las que participe hasta la inserción sociolaboral por cuenta ajena o propia. Se trata de crear puntos de atención especializada en las oficinas de empleo, para la atención personalizada y confidencial de las víctimas de violencia de género, desempleadas e inscritas como demandante de empleo, en función de sus recursos y circunstancias⁷⁷. La realización de este itinerario específico y personalizado en atención a las circunstancias de la víctima parece básica, pues el perfil profesional y formativo de cada una de ellas podrá ser diferente, como también lo serán sus circunstancias personales, incluyéndose en dicho itinerario las acciones de orientación para el empleo⁷⁸.
- En segundo lugar, y dentro del itinerario de inserción, es posible incluir un Programa formativo específico para favorecer la inserción sociolaboral por cuenta ajena, en el que se trabaje en aspectos personales en su caso, llevando a cabo actuaciones dirigidas a incrementar la autoestima y motivación para el empleo, y en aspectos profesionales de las mujeres participantes en el programa. Este programa contará con dos fases: una primera fase de preformación –en el que se tratará de desarrollar las habilidades sociales, destinado por tanto a las mujeres que carecen de formación o tienen especiales dificultades de incorporación al mercado de trabajo– y una segunda de formación profesional para el empleo –que incluye la participación en acciones de formación–. Este programa incluye el percibo de becas por asistencia durante la fase de formación –diez euros por día lectivo– garantizándose un mínimo de ingresos durante el período formativo.
- Además se establecen incentivos para favorecer el inicio de una nueva actividad por cuenta propia. Los incentivos para favorecer el inicio de una nueva actividad por cuenta propia se concederán de acuerdo con lo previsto en la Orden TAS/1622/2007, de 5 de junio, por la que se regula la concesión de subvenciones al Programa de Promoción del Empleo Autónomo, o norma que la sustituya. Dicha orden establece que, en el supuesto de mujeres víctimas de violencia de género, las subvenciones y ayudas para el establecimiento como trabajadoras autónomas o por cuenta propia, al ser considerado uno de los colectivos con especiales dificultades de inserción laboral, se incrementarán hasta un 10% respecto a las establecidas para las demás trabajadoras.
- Incentivos para las empresas que contraten a víctimas de violencia de género. La contratación de mujeres víctimas de la violencia de género es objeto de bonificación en las cuotas a la seguridad social, tanto si es indefinida como temporal, según lo establecido en el artículo 2.4 de la Ley 43/2006 de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo.

Otra forma de inserción laboral de las víctimas de violencia de género es a través de las denominadas empresas de inserción. Esta opción, que proporciona un trabajo remunerado y formación,

⁷⁶ Debe valorarse positivamente que se exija que el personal especializado que se hará cargo de la elaboración del itinerario también será el responsable de su seguimiento y evaluación.

⁷⁷ GARCIA ROMERO, B., “La violencia de género desde la perspectiva del derecho del trabajo y de la seguridad social”, en *Aranzadi Social* nº 11/2012 (parte estudio).

⁷⁸ MELLA MÉNDEZ, L., “El programa estatal de inserción sociolaboral de las víctimas de violencia de género en España: una visión general”, citado, p. 281.

está prevista para las mujeres víctimas de violencia de género que se encuentren en situaciones de exclusión social. Es la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, la que contiene la regulación del régimen de las empresas de inserción. La Ley 44/2007 tiene por objeto regular el régimen jurídico de las empresas de inserción y establecer un marco que promueva la inserción laboral de personas en situación de exclusión social a través de este tipo de empresas. Tendrá la consideración de empresa de inserción aquella sociedad mercantil o sociedad cooperativa legalmente constituida, calificada por los organismos autonómicos competentes en la materia, y que realice cualquier actividad económica de producción de bienes y servicios, cuyo objeto social tenga como fin la integración y formación socio-laboral de personas en situación de exclusión social como tránsito al empleo ordinario. Las empresas de inserción deberán proporcionar a los trabajadores procedentes de situaciones de exclusión social previstas en las normas, como parte de sus itinerarios de inserción, procesos personalizados y asistidos de trabajo remunerado, formación en el puesto de trabajo, habituación laboral y social. Asimismo, estas empresas deberán tener servicios de intervención o acompañamiento para la inserción sociolaboral que faciliten su posterior incorporación al mercado de trabajo ordinario.

3.4.2. Medidas que facilitan el trabajo por cuenta ajena de las víctimas de violencia de género

El segundo conjunto de medidas trata de facilitar la realización de un trabajo por cuenta ajena, bien sea a través de incentivos a la movilidad de las trabajadoras que cambian su residencia o compensación de diferencias salariales, en relación a trabajos por cuenta ajena que la trabajadora abandona consecuencia de su condición de víctima. Estas son las condiciones establecidas:

- A) Incentivos para facilitar la movilidad geográfica. Las mujeres que, como consecuencia de su contratación, tengan que trasladar su residencia habitual, podrán recibir subvenciones por movilidad geográfica para financiar los gastos derivados de dicho traslado. A estos efectos, se considera que existe movilidad geográfica cuando, como consecuencia de la contratación, se produzca un traslado efectivo de la residencia habitual de la trabajadora a una localidad de destino que se encuentre a más de 50 Kilómetros de la localidad de origen, excepto cuando se trate de desplazamientos con destino u origen en Ceuta o Melilla o desplazamientos interinsulares, efectuados entre cualquiera de las islas de cada uno de los archipiélagos, en los que la distancia podrá ser inferior –artículo 10 del Real Decreto 1917/2008–.

Por su parte, la norma trata de atender los gastos generados por diferentes conceptos y así se subvencionan los siguientes: gastos de desplazamiento⁷⁹; gastos de transporte de mobiliario y enseres⁸⁰; gastos de alojamiento⁸¹; gastos de guardería y de atención a personas dependientes⁸².

⁷⁹ Estas subvenciones se destinarán a cubrir los gastos de desplazamiento de la beneficiaria, así como los de los familiares a su cargo que convivan con ella, desde la localidad de origen a la del nuevo destino. Cuando el desplazamiento se realice en línea regular de transporte público la cuantía máxima de la ayuda será el importe del billete o pasaje dentro de la tarifa correspondiente a la clase segunda, turista o equivalente. Si se utiliza para el desplazamiento el vehículo particular la cuantía máxima de la ayuda será la establecida al efecto en las administraciones públicas como indemnización por uso de vehículo particular, a la que se añadirá el importe de los peajes que se justifiquen

⁸⁰ Por el traslado de mobiliario y enseres, desde la localidad de origen a la del nuevo destino, en la cuantía del coste de dicho traslado, hasta un máximo de 4 veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples mensual vigente

⁸¹ Estas subvenciones se destinarán a cubrir gastos generados por el alojamiento, incluyendo el alquiler o adquisición de vivienda u otros gastos de hospedaje, de la beneficiaria y de los familiares a su cargo que convivan con ella, en la localidad de nuevo destino, durante los doce primeros meses de vigencia del contrato. La cuantía máxima de la ayuda será de 10 veces el IPREM mensual vigente

⁸² Estas subvenciones se destinarán a cubrir gastos por asistencia a guarderías o centros de enseñanza durante el primer ciclo de educación infantil de los hijos de la beneficiaria que dependan económicamente de la misma o por atención de las personas depen-

- B) Incentivos para compensar diferencias salariales. Con esta medida se trata de atender a la víctima de violencia de género que abandona un puesto de trabajo como consecuencia de su condición de víctima, y accede a otro compatible con su situación personal. Así se señala que tendrán derecho a estos incentivos las mujeres cuyo contrato laboral se haya extinguido por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar definitivamente su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género, según lo establecido en el artículo 49.1.m de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y el contrato subsiguiente que formalicen, ya sea indefinido o temporal, con una duración efectiva igual o superior a seis meses, implique una disminución salarial⁸³. La disminución se mide comparando las bases de cotización –anterior y posterior–, teniendo así derecho a recibir con carácter mensual una cuantía equivalente a la diferencia existente entre aquellas, por un importe máximo de 500 euros mensuales durante doce meses, de manera que durante el primer año del nuevo contrato no sufra perjuicio económico⁸⁴.
- C) Convenios con empresas para facilitar la contratación de mujeres víctimas de violencia de género y su movilidad geográfica. También se diseñan acciones destinadas a facilitar la contratación de las víctimas de violencia de género (artículo 12 del real Decreto 1917/2008). En este sentido, se prevé que la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género promoverá la suscripción de convenios de colaboración con empresas para fomentar la sensibilización sobre la violencia de género y la inserción laboral de las víctimas, con el fin de facilitar la contratación a las mujeres víctimas de violencia de género y la movilidad geográfica, para aquellas que tengan necesidad de trasladar su residencia con la garantía de un empleo. Además, se prevé que la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género difundirá estos convenios entre los Servicios Públicos de Empleo, y otros órganos y entidades que atienden a este colectivo, al objeto de que, se realicen las gestiones necesarias para poner en contacto a la mujer con las empresas a fin de promover su colocación. En cada Convenio se establecerá una Comisión de Seguimiento. Las empresas que celebren contratos en el marco de estos Convenios informarán de los mismos a la Comisión de Seguimiento del Convenio, a fin de que ésta realice el seguimiento y análisis del funcionamiento de esta medida y de su efectividad.

3.4.3. Medidas de apoyo económico para las víctimas de violencia de género

El Pacto de Estado contra la violencia de género de 2017 incluye una serie de 11 ejes de actuación entre las que es destacable a los efectos que nos ocupan el eje 3, que señala

dientes a su cargo, generados durante los doce primeros meses de vigencia del contrato. La cuantía máxima de la ayuda será de 4 veces el IPREM mensual vigente

⁸³ Cuando la base de cotización resultante del nuevo contrato de la trabajadora sea inferior a la del anterior contrato extinguido, la trabajadora tendrá derecho a percibir por meses una cuantía equivalente a la diferencia entre ambas bases de cotización, por un importe máximo de 500 euros/mes y durante un tiempo máximo de doce meses. A efectos del cálculo de la diferencia se considerará el promedio de las bases de cotización para accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, excluida la retribución por horas extraordinarias, durante los seis meses o periodo de tiempo inferior anteriores a la fecha de extinción del contrato anterior y el promedio de las bases de cotización siguientes a la fecha de vigencia del nuevo contrato, por periodos de seis meses. En el supuesto de que el último contrato de la trabajadora, el nuevo contrato o ambos sean a tiempo parcial, el cálculo se efectuará de forma proporcional a la jornada habitual o a tiempo completo.

⁸⁴ MELLA MÉNDEZ, L., “El programa estatal de inserción sociolaboral de las víctimas de violencia de género en España: una visión general”, citado, p. 292.

“El perfeccionamiento de la asistencia, ayuda y protección que se ofrece a las mujeres víctimas de la violencia de género y a sus hijos e hijas. Para ello se revisarán los planes de atención a las víctimas garantizando un tratamiento personalizado, se potenciarán y adecuarán los recursos existentes y se facilitará el acceso a los mismos de todas las mujeres (...). Se potenciarán también los planes de inserción laboral de mujeres víctimas, implicando activamente a los agentes sociales, y se simplificarán y mejorarán los sistemas de ayudas previstos actualmente.”

Al respecto de las medidas de apoyo económico son dos las vías que permiten encontrar soluciones para las víctimas de violencia de género: una se relaciona con el sistema de seguridad social, a través de la protección de desempleo, protección que incluye el acceso a la prestación de nivel contributivo cuando las víctimas resuelvan o suspendan *voluntariamente* su contrato de trabajo como consecuencia de la violencia de género (artículo 21.2 de la LOVG y, en su desarrollo el art. 267.1.a.5º y 1.b.2º de la LGSS), pero también, y, en desarrollo de las previsiones del actual art. 265.2 de la LGSS, la renta activa de inserción, que forma parte de la acción protectora por desempleo del régimen público de Seguridad Social, si bien con carácter específico y diferenciado del nivel contributivo y asistencial (RD 1369/2006, de 24 de noviembre), y que entre sus beneficiarios incluye a quienes detenten la condición de víctima de violencia de género o doméstica, salvo cuando convivan con el agresor, inscritas como demandante de empleo⁸⁵.

Junto a las anteriores previsiones, se disponen ayudas específicas en la propia LOVG –art. 27–, en el Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital, y en las correspondientes normas de desarrollo de carácter autonómico, al situarnos en el ámbito de la asistencia social.

En efecto, como se había anunciado es preciso hacer referencia a la ayuda económica prevista en el art. 27 LOVG que establece el derecho a percibir ayuda económica a las mujeres víctimas de violencia de género, que se encuentran en un determinado nivel de rentas y respecto de las que se presume se encuentran en especiales dificultades para obtener un empleo. Se exige así el cumplimiento de dos requisitos: a) Carecer de rentas que, en cómputo mensual, superen el 75 por ciento del salario mínimo interprofesional vigente, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias; b) Tener especiales dificultades para obtener un empleo, que se acreditará a través del Informe del Servicio Público de Empleo⁸⁶.

Se trata de una manifestación de la garantía de los derechos económicos de las víctimas de violencia de género que establece el art. 2.e de la LOVG. El desarrollo de este precepto legal se produce en el Real Decreto 1452/2005, de 2 de diciembre, y aunque las ayudas se financian con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, son concedidas y abonadas en un pago único por las Administraciones competentes en materia de servicios sociales, de conformidad con sus respectivas normas de procedimiento⁸⁷. A estos efectos cada CCAA ha desarrollado reglamentariamente el art. 27 LOVG⁸⁸,

⁸⁵ Programa gestionado por el Servicio Público de Empleo en colaboración con los servicios públicos de empleo de las comunidades autónomas que tiene por finalidad servir de apoyo a la inserción laboral de colectivos con dificultades de incorporación al mercado de trabajo y en situación de necesidad económica. SELMA PENALVA, A, “La incidencia de la violencia de género sobre las normas laborales”, en *Actualidad Laboral*, nº 18, 2011. Esta forma de protección se sitúa dentro del sistema de protección por desempleo y se vincula al agotamiento de las opciones protectoras de nivel contributivo y asistencial, con la finalidad de protección de desempleados con dificultades especiales. BASTERRA HERNÁNDEZ, M., “De la protección frente al desempleo a la renta básica universal: un análisis comparativo entre España y Portugal”, *Revista de Información Laboral* num.12/2018, p. 8 de 25

⁸⁶ Según los últimos datos publicados por la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género, en el período 2006-2017 se concedieron 5.393 ayudas económicas; destacan las 1.157 concedidas en el País Vasco (21.5% del total) y las 816 de la Comunitat Valenciana (15,1 %), datos que pueden consultarse en https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/observatorio/informesAnuales/informes/cap_XI/Cap10_Art.27_2017.pdf

⁸⁷ SERRANO ARGÜESO, M., “¿Por qué la elección entre inserción laboral o ayudas económicas específicas?”, citado, p. 427.

⁸⁸ A modo de ejemplo véase la Orden de 3 de mayo de 2007, de la Conselleria de Bienestar Social, por la que se regula la ayuda

pero cabe destacar que se trata de ayudas incompatibles con la renta activa de inserción, así como con la prestación y el subsidio por desempleo; incompatibilidad que se ha relacionado con la empleabilidad de las víctimas, pues la ayuda económica del art. 27 LOVG se otorga por considerar a las víctimas transitoriamente *inempleables*⁸⁹. Así, una de las críticas más fundamentadas que se ha efectuado a esta ayuda económica es la necesaria vinculación a la situación de desempleo de las mujeres, cuando debiera hacerse al incremento de gastos que conlleva la ruptura de la relación de violencia⁹⁰.

También se refiere a la misma el Pacto de Estado en materia de violencia de género de 2017, que señala la necesidad de “Estudiar el actual sistema de ayudas de la Renta Activa de Inserción del artículo 27 de la LO 1/2004, para mejorar la situación de las mujeres víctimas sin empleo, y evaluar su sustitución por un subsidio de desempleo de seis meses de duración, que se ampliará por periodos semestrales prorrogables, siempre que las personas beneficiarias continuaran cumpliendo con los requisitos para continuar percibiéndolo. Estas ayudas se financiarán con cargo a los Presupuestos Generales del Estado”⁹¹.

Por su parte, debe también traerse a colación el Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, que aprueba el ingreso mínimo vital, prestación dirigida a prevenir el riesgo de pobreza y exclusión social de las personas que vivan solas o integradas en una unidad de convivencia, cuando se encuentren en una situación de vulnerabilidad por carecer de recursos económicos suficientes para la cobertura de sus necesidades básicas, que puede tener repercusión para las víctimas de violencia de género, ya que para este colectivo introduce requisitos específicos que suavizan la edad mínima de acceso (art. 5), la consideración de unidad de convivencia (art. 6), los propios requisitos de acceso (art. 7) o los criterios para la determinación de la cuantía (art. 10).

4. Conclusiones y propuestas para perfeccionar la asistencia, ayuda y protección laboral de las víctimas de violencia de género

Del análisis de las medidas descritas cabe extraer algunas conclusiones respecto de las que pueden hacerse propuestas de mejora del sistema de asistencia, ayuda y protección a las víctimas de violencia de género:

1. En primer lugar, la mayor evidencia es la necesidad de implicar de forma más activa a las empresas, con el objetivo de **facilitar** el ejercicio de las medidas laborales en el ámbito de la empresa, y para ello parece necesaria la aprobación de protocolos de actuación para la atención de las víctimas de violencia de género. Se trata de garantizar una mayor eficacia en la protección de las víctimas de violencia de género, de acoso sexual y de acoso por razón de sexo, pues como se sabe no existen derechos si no existen procedimientos adecuados que los garanticen y sanciones disuasorias de su violación⁹². Parece necesario fomentar la implicación de las empresas y orientar su respuesta ante la violencia de género, su prevención, sanción y la protección de las víctimas, como aspectos clave de la responsabilidad social corporativa. En este sentido deben impulsarse los procedimientos **colectivos** de negociación en la empresa, sea a través de la negociación colectiva, de la negociación

económica a favor de las víctimas de violencia de género, establecida en el artículo 27 de la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género

⁸⁹ SERRANO ARGÜESO, M., “¿Por qué la elección entre inserción laboral o ayudas económicas específicas?”, citado, p. 428-429.

⁹⁰ SERRANO ARGÜESO, M., “¿Por qué la elección entre inserción laboral o ayudas económicas específicas?”, citado, p. 437.

⁹¹ p. 254 de 277.

⁹² La expresión es de PÉREZ DEL RIO, M^aT., *La violencia de género en el ámbito laboral: el acoso sexual y el acoso sexista*, citada, p. 81.

de Planes de Igualdad o de la introducción de **protocolos** específicos para la gestión de los derechos de las víctimas de violencia de género⁹³. El objetivo es anticipar la resolución de conflictos y agilizar el acceso a los derechos destinados a garantizar su protección o su derecho a la asistencia social integral. Así, en caso de desacuerdo o **discrepancias** entre el empresario y la trabajadora la remisión a la vía **judicial** no puede convertirse en la única vía de resolución, debiendo propugnarse el establecimiento de mecanismos de resolución de discrepancias con vistas a conseguir un acuerdo, lo que podría integrar el contenido del convenio colectivo o del plan de igualdad de las empresas. El Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro, y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo, es un buen punto de partida para el desarrollo que se propone.

Debe recordarse que el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, incorporó cambios muy significativos en la LOI en materia de planes de igualdad, además de la necesidad de realizar un diagnóstico. Tanto los planes de igualdad como los diagnósticos previos deben ser objeto de negociación con la representación legal de las personas trabajadoras (comité de empresa, las delegadas y los delegados de personal, en su caso, o las secciones sindicales si las hubiere que, en su conjunto, sumen la mayoría de los miembros del comité). Además, junto al contenido mínimo de los Planes de Igualdad, se incorpora una previsión de contenido adicional relativo a materias no enumeradas en el artículo 46.2 de la LOI, entre las que se señala la **violencia de género** (art. 8.3 RD 901/2020). Finalmente, en el sentido planteado, se prevé como posible contenido del Plan de Igualdad la incorporación de un procedimiento para solventar las posibles discrepancias que pudieran surgir en su aplicación, seguimiento, evaluación o revisión (art. 8.2.k RD 901/2020).

Igualmente, deben promoverse en las empresas medidas y procedimientos que garanticen unas condiciones de trabajo exentas de violencia y acoso dentro del ámbito de organización y dirección de la empresa, ya se trate de violencia ejercida por directivos o jefes, otros trabajadores o personas relacionadas con la empresa, así como arbitrar mecanismos de prevención y de denuncia o reclamación en caso de violencia en el lugar de trabajo. Así, se ha señalado la necesidad de que las empresas atiendan y protejan la situación de violencia de género, tanto las que se produzcan en los lugares de trabajo como las que tienen lugar fuera de tiempo y lugar de trabajo, a través del impulso de protocolos oportunos para su detección y actuación⁹⁴.

2. En segundo lugar, parece necesario garantizar que las víctimas no sufran pérdida económica por el ejercicio de los derechos laborales reconocidos a las víctimas trabajadoras, circunstancia que no se consigue en todos los casos —por ejemplo si se opta por hacer uso de los permisos reconocidos o del derecho a la reducción de jornada—. Para ello debe revisarse el sistema de ayudas económicas, atendiendo a la situación de necesidad derivada de la violencia, que puede estar vinculada o no a la situación de empleo de la víctima. Hemos

⁹³ Puede consultarse la Guía práctica para el abordaje de la violencia de género en la empresa en <https://lagroc.com/app/uploads/2018/05/CARVEguideCAST.pdf> que incluye una compilación de las mejores prácticas para abordar la violencia de género en el ámbito laboral, Guía coordinada por Dimitris Micharikopoulos y Elena Tavlaki.

⁹⁴ SERRANO ARGÜESO, M., “¿Por qué la elección entre inserción laboral o ayudas económicas específicas? Lo que el Pacto de Violencia de Género no ha sido capaz de ver”, citado, p. 421. Pueden consultarse modelos de protocolos en el ámbito de las empresas en <https://www.auditoreosociolaborales.com/protocolo2.php>

observado que las ayudas económicas se destinan principalmente a atender la situación de desempleo de las víctimas, pero no es ésta la única situación de necesidad atendible.

3. Igualmente se juzga oportuno plantear, a nivel legislativo, la extensión de la protección a **otras** víctimas de violencia por razón de género, no contempladas en la LOVG, esto es, aquellas que no son agredidas por su pareja o expareja, sino por otros familiares, compañeros de trabajo o superiores jerárquicos, y que en la actualidad no tienen reconocidos los mismos derechos o medidas laborales de protección las víctimas de acoso en el trabajo que las víctimas de violencia de género. Igualmente parece imprescindible la ampliación de los derechos laborales a las víctimas de violencia vicaria o violencia “por interpósita persona”⁹⁵. La extensión se ampararía en el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, como se ha argumentado *supra*.
4. Finalmente, es preciso igualmente impulsar la contratación de mujeres en empresas privadas o en sector público, ya sea a través de la potenciación de los planes de inserción laboral de mujeres víctimas, ya a través de la inclusión de cláusulas sociales en la contratación pública al amparo de las previsiones de la Ley de contratos del sector público, Ley 9/2017, de 8 de noviembre.

⁹⁵ Tal y como se plantea en el Informe de la subcomisión creada en el seno de la comisión de igualdad para un pacto de estado en materia de violencia de género https://violenciagenero.igualdad.gob.es/pactoEstado/docs/PactodeEstado_Congreso.pdf

ARTÍCULOS JURISPRUDENCIALES

La perspectiva de género y el Derecho del Trabajo: ¿una hermenéutica en construcción o algo más?

Gender mainstreaming and Labour Law: an hermeneutic under construction or something else?

Rafael Moll Noguera*

Profesor Ayudante Doctor

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia

ORCID ID: 0000-0002-7763-4621

Recibido: 26/4/2021

Aceptado: 9/5/2021

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2021.6218>

Resumen: El estudio de la perspectiva de género como canon hermenéutico por parte del orden social resulta una institución eminentemente casuística, como se verá, pero que surge y se construye en el ámbito de la igualdad entre mujeres y hombres. El estudio parte de una delimitación legal y doctrinal en torno a esta metodología para, de inmediato, trascendiendo a los casos resueltos, identificar las pautas comunes usadas por los jueces, especialmente por el Tribunal Supremo, a la hora de aplicarla. Por último, desde un prisma crítico, se intentará dar respuesta a algunas de las incógnitas que acompañan a esta nueva metodología de aplicación del derecho por los tribunales que giran en torno a los límites a la función integradora, el activismo judicial y el papel del Tribunal Constitucional en todo ello.

Palabras clave: perspectiva de género, igualdad efectiva, función integradora, cuestión de inconstitucionalidad.

Abstract: The Gender mainstreaming's study as a hermeneutical canon by the social order is an eminently casuistic institution, as will be seen, but it arises and is built in the sphere of equality between women and men. The study starts from a legal and doctrinal delimitation around this methodology to, immediately, transcending the resolved cases, identify the common guidelines used by the judges, especially by the Supreme Court, when applying it. Finally, from a critical perspective, an attempt will be made to answer some of the unknowns that accompany this new methodology, which revolve around the limits to the integrative function, judicial activism, and the role of the Constitutional Court. in all this.

Keywords: gender mainstreaming, effective equality, integrating function, question of unconstitutionality.

*rafael.moll@uv.es

1. Origen y conceptualización teórica de la perspectiva de género

Como es sabido, esta nueva metodología se institucionaliza y recibe el nombre de “perspectiva de género” a partir de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada en Beijing en el año 1995. Los gobiernos participantes se comprometieron a reflejar la perspectiva de género en todas sus políticas, legislaciones, programas y proyectos públicos. Al igual ocurría en los tratados europeos sobre el tema, véase el Tratado de Ámsterdam (art. 3.2º) o el de Funcionamiento de la UE (art. 8), en los que su campo de aplicación original se constreñía a la actuación del poder legislativo y ejecutivo, al contemplarse como objetivos de las políticas y acciones legislativas de los Estados.

Es posible detectar un salto cualitativo en el tiempo, aunque tímido, con la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. La razón de ello es que, por vez primera, se positiviza la garantía del principio de transversalidad de igualdad de género, no tan solo en la configuración o desarrollo de políticas públicas, sino también en su aplicación, extendiendo, por tanto, esta nueva metodología al poder judicial. No obstante, este cambio fue tibio por cuanto la norma estaba orientada para tener en cuenta las necesidades y demandas específicas de las mujeres víctima de violencia de género. En cambio, se ensalzó la universalidad objetiva que contemplaba la norma, en la medida que atravesaba todas las ramas del ordenamiento jurídico¹.

La positivización del principio de perspectiva de género como metodología en la aplicación del derecho aparece definitivamente en nuestro ordenamiento jurídico en el art. 4 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres. Este precepto eleva la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres a principio informador del ordenamiento jurídico, ordenando que se integre y observe en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas. A mayor abundamiento, el art. 15 de dicho cuerpo normativo consagra la “transversalidad del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres”, determinando que alcanza y vincula a todos los Poderes Públicos.

El origen de ambos preceptos es anterior a la refundición de las directivas comunitarias en materia de igualdad que dio lugar a la Directiva 2006/54/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación de la UE. Con todo, esta directiva positiviza también la perspectiva de género en su art. 29. Así, bajo el nombre “transversalidad de la perspectiva de género”, en dicho precepto se hace referencia no solo a la tarea del poder legislativo, sino también al poder judicial para tener en cuenta el objetivo de igualdad entre hombre y mujeres. Asimismo, en el plano internacional es posible identificar alguna manifestación de este concreto principio, especialmente en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979, ratificada por España en el año 2001. Así, en su art. 2.c) se establece la obligación de que, “por conducto de los tribunales nacionales competentes” se haga efectiva la protección de la mujer contra todo acto de discriminación.

Una vez positivizada, la perspectiva de género en la interpretación y aplicación del derecho laboral se presenta como la plasmación del principio de igualdad de oportunidades con el objetivo de corregir y superar los estereotipos de género encubiertos o latentes en las normas. En puridad, aparece como un mandato directo al conjunto del poder judicial para materializar en sus resoluciones el principio de igualdad efectiva². Por tanto, no se trata de una opción o recomendación para

¹ GIL RUIZ, JUANA MARÍA, *La interpretación de las normas bajo una perspectiva de género*, 2013. Disponible en ver bibliografía. (20/04/2021)

² MOLINA NAVARRETE, CRISTÓBAL, Una cuestión de género en la justicia social: asignatura aún pendiente, también del Tribunal Supremo, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, núm. 453, 2020, p. 5.

la buena práctica de la función jurisdiccional, sino que se presenta como una pauta de actuación obligatoria a la hora de interpretar y aplicar las normas.

Así, y a partir de esta definición general es conveniente detenernos en los elementos que la configuran para delimitarla con mayor precisión. En primer lugar, en su fundamento constitucional, a saber, el principio de igualdad; en segundo lugar, en el objetivo concreto que persigue: corregir estereotipos sociales que se replican y aparecen en las normas, muchas veces disfrazados de una aparente neutralidad; y, en tercer lugar, en la metodología en la que se basa: la interpretación y aplicación de normas por el poder judicial.

1.1. Fundamento constitucional de la perspectiva de género

El punto de partida de esta metodología es la igualdad efectiva o real, trascendiendo la mera igualdad formal o, lo que es lo mismo, la igualación de mujeres y hombres. En este sentido, se ha denunciado y descubierto que la extensión formal de derechos es claramente insuficiente a los efectos de la igualdad efectiva porque la causa de discriminación es la asignación de roles socioculturales entre mujeres y hombres, el género³.

En efecto, la igualdad formal se encamina a hacer desaparecer los síntomas pero no las causas de la desigualdad de género, puesto que el ofrecer las mismas oportunidades a todos por igual no implica que todos puedan disfrutar y ejercitar estos derechos formales de la misma manera⁴. Así pues, la igualdad formal, a diferencia de la real, no atiende a las condiciones materiales que impiden a las mujeres ejercitar sus derechos y obtener un acceso en igualdad a los mismos derechos que los hombres⁵.

Ello no significa, y conviene diferenciar ambos conceptos, que la perspectiva de género como canon hermenéutico se traduzca en un concepto equivalente a la igualdad real, sino que es una manifestación de su realización por parte del poder judicial. Así, siendo el fundamento de este criterio interpretativo la igualdad real, lo novedoso es que la igualdad real no se persiga solamente por el legislador o el ejecutivo mediante fórmulas conocidas de discriminación positiva, sino que el poder judicial se incorpore en su consecución con las herramientas a su alcance, a saber, la interpretación y aplicación de normas.

1.2. Objetivos que persigue

En consecuencia con el fundamento de la perspectiva de género, a través de su implantación por parte de los tribunales se procura garantizar la efectividad del principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Así, el presupuesto aplicativo de este canon hermenéutico es la existencia de una relación asimétrica en la que estén presentes patrones estereotípicos de género. Como acaba de decirse, la búsqueda de la igualdad real y efectiva en la práctica es el objetivo último de esta metodología, superando la mera nivelación o trato idéntico en la norma.

³ LOUSADA AROCHENA, JOSÉ FERNANDO, La integración de la perspectiva de género en la aplicación e interpretación de las normas por la jurisdicción social, *Revista de Derecho Social*, núm. 91, 2020, p. 43.

⁴ JIMÉNEZ HIDALGO, ADORACIÓN, *La precariedad laboral: desigualdad y discriminación*, 2018, p. 13. Disponible en ver bibliografía. (21/04/2021).

⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, MIGUEL, Principio de igualdad y Derecho del Trabajo, en *XI Jornadas de Estudio El principio de Igualdad en la Constitución española*, vol. 2, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, p. 1091.

Ahora bien, la auténtica virtualidad de esta metodología consiste en procurar corregir déficits de protección o vestigios sexistas que la norma encierra y mimetiza –y que tienen su origen en las brechas de género sociales– mediante una interpretación pro igualdad material de la misma. Así, gracias a ello, la aplicación de la norma no conduciría a mantener la discriminación encerrada en la misma sino que, una vez interpretada con perspectiva de género, se lograría materializar el principio de igualdad real.

En términos negativos, se trata de evitar que el poder judicial realice una lectura y aplicación automática, literal y aséptica de la norma que, al replicar y esconder estereotipos sociales discriminatorios en contra de la mujer, perpetúe y consolide esta discriminación. Por el contrario, gracias a una interpretación de la norma que logre corregir y superar dichos déficits y vestigios sexistas presentes en el ordenamiento jurídico se pretende lograr una solución equitativa en la consecución de la igualdad real entre sexos.

1.3. Metodología teórica

Es evidente, desde este enfoque, que los instrumentos disponibles para observar y materializar la perspectiva de género por parte del poder judicial ordinario son la interpretación y aplicación de las normas jurídicas. Así, el órgano judicial, una vez identificada la potencial discriminación que sufre la mujer y que se encuentra escondida en la norma, deberá aplicar la norma en aquella de sus variantes interpretativas que mejor se ajuste al principio de igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Como se observa, son dos pues las tareas que la perspectiva de género requiere al órgano judicial para su correcta aplicación: detectar en la norma una discriminación, normalmente oculta o indirecta, que positiviza un estereotipo social contra la mujer; y, en segundo lugar, realizar una interpretación de la norma acorde con el principio de igualdad efectiva para superar dicha discriminación.

Así, y por lo que respecta a la primera de dichas tareas, esta metodología exige mayores dosis de concienciación y análisis crítico a realizar por el poder judicial respecto al funcionamiento de la sociedad, pues solo así se podrá detectar patrones sexistas materializados en la norma. En este sentido, como presupuesto ontológico a la interpretación y aplicación de la norma con perspectiva de género es necesario realizar un análisis global previo de la sociedad para contextualizar la norma aplicable y el conflicto jurídico con el objetivo último de identificar si existen prejuicios de género incorporados a la norma aplicable que se presenta aparentemente neutra. A la hora de acometer esta primera tarea, los tribunales pueden hacer servir diferentes fórmulas que conduzcan a plantear un escenario de discriminación oculta en la norma. Por ejemplo, un posible mecanismo es la utilización de criterios de sustitución o de comparación hipotética para verificar si, en una situación idéntica o similar, un trabajador de sexo masculino habría recibido el mismo tratamiento que una trabajadora. Otra vía es la que se basa en la estadística, y así lo ha entendido el propio TC en la sentencia 91/2019, de 3 de julio, que más adelante se comentará. A tenor de ello, resulta necesario que el poder judicial en los casos de discriminación indirecta atienda necesariamente a los datos revelados por la estadística en el mercado laboral, para analizar el porcentaje de mujeres que se ven perjudicadas por la norma en cuestión y la eventual afectación predominante y mayoritaria del sexo femenino en su aplicación social.

La segunda de las tareas referidas en la que se basa esta metodología engloba dos posibles actuaciones del órgano judicial: por un lado, la interpretación de las normas según los principios generales del derecho y, por otro, el ejercicio de la función integradora.

En este orden, por lo que se refiere a la interpretación de la norma, esta debe realizarse no exclusivamente sobre la óptica tradicional del art. 3 del Código Civil, esto es, la literalidad, el contex-

to, los antecedentes históricos y legislativos, la realidad social, y el espíritu y finalidad de la norma, sino que se vuelve imprescindible incorporar la perspectiva de género de los art. 4 y 15 de la LO de Igualdad para decantarse por la interpretación, entre las posibles, más cercana y respetuosa con la igualdad efectiva entre hombre y mujeres. Desde este punto de vista, podría afirmarse que los art. 4 y 15 vendrían a corregir y actualizar los criterios tradicionales de interpretación de las normas. En este sentido, conviene recordar que el art. 3.1 del CC no prohíbe el uso de cualquier otro método interpretativo, pues dada su amplitud, la utilización de los valores de las ciencias empíricas extra-jurídicas pueden “cobijarse bajo el sentido propio de las palabras o la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas”⁶.

Por otro lado, la perspectiva de género como hermenéutica se basa en la función integradora del principio real de igualdad de sexos. Esta segunda vertiente posee una mayor intensidad en cuanto a la actividad del órgano judicial se refiere, pues no se trata ya de optar por la interpretación más acorde al principio de igualdad. Por el contrario, el presupuesto no es simplemente una norma a interpretar, sino que se parte de una laguna normativa que esconde un vestigio sexista de la sociedad, normalmente provocado por la falta de consideración en la regulación positiva del principio de igualdad real. En estos casos, la tarea del órgano judicial consistirá en una labor depuradora de la literalidad de la norma para, por un lado, eliminar el efecto de discriminación sobre las mujeres que resultaría de su aplicación aséptica para, por otro lado, integrar dicha laguna mediante el principio de igualdad efectiva como valor superior de la constitución española.

Conviene despejar que la perspectiva de género no es un principio general del derecho de los que el art. 1.4 del Código Civil contempla⁷, pues precisamente su eficacia no es la de estos, sino que por el contrario, se trata de un principio o valor superior del orden constitucional. Esta distinción resulta importante por cuanto que los principios generales del derecho surgen de la más “pura y dura racionalidad material”⁸, es decir, nacen y acompañan al ordenamiento jurídico legal, convirtiéndose en un reflejo del mismo. En otros términos, derivan de las normas jurídicas vigentes en un determinado momento y por ello constituyen el espíritu de la ley⁹. Precisamente por esta razón, la aplicación de los principios generales es subsidiaria y casi residual al presentarse como el último remedio interpretativo de la norma, teniendo valor más interpretativo e integrador que normativo.

Por el contrario, los principios supremos del ordenamiento jurídico plasmados en la Constitución y en los instrumentos supranacionales se presentan como auténticos valores superiores al conjunto del ordenamiento jurídico. Así, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político (art. 1.1 CE) aparecen como las pautas de actuación y de orientación de todos los poderes públicos, al colocarse en una “concepción ética supra-positiva”¹⁰. Por tanto, la eficacia jurídica de estos principios en nada se parece a la de los principios generales, pues limitan la actuación del legislador y orientan la actuación del poder judicial.

En todo caso, las dos actuaciones descritas relativas a la interpretación y aplicación de normas van más allá del plano legal y se realizan especialmente desde el plano constitucional.

⁶ ALONSO GARCÍA, ENRIQUE, *La interpretación de la Constitución*. Madrid, Centro de Estudios constitucionales, 1984, p. 82.

⁷ Manteniendo que sí son equiparables en cuanto a su eficacia GIL RUIZ, JUANA MARÍA, *La interpretación de las normas bajo una perspectiva de género*, 2013 p. 8.

⁸ MERCADER UGUINA, JESÚS R., *Los principios de aplicación del Derecho del Trabajo. Formación, decadencia y crisis*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, p. 27.

⁹ MONTOYA MELGAR, ALFREDO, La aplicación del Derecho del Trabajo y el sistema de principios, valores y derechos fundamentales, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 88, 2011, p. 27.

¹⁰ *Ibidem*, p. 17.

Por último, es importante significar que no resulta fácil aplicar la perspectiva de género tanto por los límites generales derivados del positivismo jurídico¹¹, y a los que al final del trabajo se hará referencia, como por la extensión social de los estereotipos sexistas. Este hándicap hace referencia a que los agentes presentes en el ámbito judicial, especialmente los encargados de impartir justicia, al ser ciudadanos de nuestra sociedad fácilmente podrán haber interiorizado y normalizado determinados estereotipos discriminatorios difíciles de identificar en la norma y de corregir. Esta consideración sirve para remarcar la necesaria formación especializada de la judicatura al respecto.

2. Delimitación y aplicación metodológica de la perspectiva de género por parte del orden social

2.1. La aplicación vertical de la perspectiva de género

La aplicación vertical de la perspectiva de género se refiere a la corrección judicial de una norma que afecta negativamente a la trabajadora en su relación con la acción protectora del Estado. Por el contrario, la aplicación horizontal contemplaría aquellos supuestos en los que la norma es reinterpretada como elemento de ponderación en favor de la igualdad efectiva entre los intereses empresariales y de la trabajadora, generalmente en lo que se refiere a cuestiones de conciliación.

Así, la perspectiva de género vertical encuentra virtualidad práctica en el campo de las normas de seguridad social, en la medida en que están diseñadas, desde su inicio, mediante cánones alejados de la sensibilidad de género y que, por ello, desde una perspectiva de mera igualdad formal, replican y positivizan discriminaciones encubiertas gracias a fórmulas aparentemente neutras.

En detalle, se ha denunciado que la acción protectora del sistema, al estar diseñada en su origen sobre la base de contratos estables y a tiempo completo, coloca al sexo masculino en una posición de superioridad respecto de la mujer, puesto que en este modelo productivo las trabajadoras son las que históricamente han tenido contratos temporales y a tiempo parcial¹². Estos vestigios normativos machistas se recrudecen si se tiene en cuenta, a su vez, que las normas de seguridad social tampoco tienen en consideración, como regla general, la realidad social y el rol sexista y estereotipado de cuidadora familiar que la mujer sigue desempeñando en ella y que, sin duda, incide en las relaciones de trabajo y, por consecuencia, en la protección que les ofrece el propio sistema de seguridad social. Por estos dos motivos se llega a la conclusión –y presupuesto de partida para la aplicación de la perspectiva de género– de que el sistema, en su conjunto, responde a “patrones y parámetros de valoración pensados exclusivamente para los hombres”¹³.

Cuantitativamente, hasta el momento, la mayoría de las sentencias que aplican la perspectiva de género como canon hermenéutico lo hacen en el contexto de esta relación vertical. No es casualidad, por tanto, que la primera resolución dictada por el Tribunal Supremo en esta materia fuera en su modalidad vertical. La ya conocida y antigua **STS de 21 de diciembre de 2009 (rec. 201/2009)**, aun con unos mimbres jurídicos en construcción, entendió que la norma encerraba una discriminación oculta provocada por el olvido legislativo al no haber extendido expresamente al régimen –en extinción– SOVI el beneficio de dar por cotizado el tiempo dedicado al cuidado de un recién nacido en los términos fijados para el resto de los regímenes.

¹¹ POYATOS I MATAS, GLÒRIA, Juzgar con perspectiva de género: una metodología vinculante de justicia equitativa, *IQUAL. Revista de Género e Igualdad*, núm. 2, 2019, p. 14.

¹² RAMOS QUINTANA, MARGARITA ISABEL, Lesiones en el parto y seguridad social: el enquistamiento de las discriminaciones de sexo y de género, *Trabajo y Derecho Nueva Revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 71, 2020, p. 2.

¹³ Idem.

En esta sentencia se identifica un punto común, que se repetirá en el resto de las sentencias que aplican la perspectiva de género, consistente en rechazar de entrada la interpretación literal de la norma, al tiempo que pone de manifiesto la necesidad de realizar una interpretación desde el plano constitucional. A continuación, y actuando como segundo anclaje de esta metodología judicial, el tribunal identifica el grupo social discriminado –por razón de sexo– a tenor del déficit de protección de la norma. En concreto, se constata mediante datos e informes que el grupo social que padece este déficit normativo está formado mayoritariamente por mujeres. Debe advertirse, no obstante, que este anclaje de índole sociológico basado en cifras se irá perfeccionado en los vinientes casos, pues en esta ocasión no se detalla ninguna cifra oficial, sino que se toma como un hecho cierto y conocido. Por último, potenciando al máximo la labor interpretativa, y con el objetivo de que la aplicación de la norma no siga provocando la discriminación detectada, el tribunal acude, en esta ocasión, a la finalidad del legislador y a un discutible principio de no exclusión, para entender que el beneficio legislativo para todos los regímenes debe extenderse también al SOVI.

A pesar de constituir, como se ha dicho ya, un mandato al poder judicial, su aplicación no ha resultado constante, ya que tuvo que pasar casi una década para que el Tribunal Supremo –de nuevo, siendo la ponente M^a Lourdes Arastey Sahún– adoptara la perspectiva de género como canon hermenéutico. Así, sin entrar en detalle por estar la normativa aplicada ya derogada, la **STS de 26 de septiembre de 2018 (rec. 1352/2017)** realiza una lectura en favor de la igualdad efectiva de los requisitos que acompañaban a la prestación por maternidad compartida con el otro progenitor. No obstante, desde el punto metodológico, es cuestionable su aplicación en la medida en que se limita a afirmar que las normas deben interpretarse a la luz de este principio, pero sin que se opere siguiendo el razonamiento jurídico reflejado en la sentencia del 21 de diciembre de 2009.

La tercera sentencia que nos encontramos aplicando la perspectiva de género en su dimensión vertical es la dictada el **29 de enero de 2020 (rec. 3097/2017)**, siendo ponente nuevamente M^a Lourdes Arastey Sahún. El conflicto jurídico tiene como origen la ausencia de previsión por parte del legislador de que las personas beneficiarias del SOVI tengan acceso a las prestaciones por muerte y supervivencia, pues la norma solo contempla a los titulares de pensiones contributivas de jubilación e incapacidad permanente (arts. 217.1.c y 216.1.g LGSS-2015). Para su resolución, se transita por los tres pasos metodológicos que configuran la aplicación de la perspectiva de género como criterio de hermenéutica normativa. Así, en primer lugar, se rechaza la aplicación literal de la norma, pese a la aparente neutralidad en su redacción, ya que de aplicarla de forma aséptica tendría un impacto más desfavorable para las mujeres, que son las que integran mayoritariamente el colectivo de pensionistas del SOVI. En segundo lugar, se delimita y justifica, mediante el uso de datos y cifras, esta afectación ampliamente femenina, es decir, se demuestra que el grupo discriminado indirectamente por la literalidad de la norma son las mujeres. En tercer y último lugar se acude al criterio finalista y a la analogía para concluir que una pensión SOVI, al tener características análogas y ser contributiva, debe dar acceso a las prestaciones por muerte y supervivencia.

Es durante el año 2020 en el que se puede afirmar que la perspectiva de género se consolida como canon hermenéutico en el Tribunal Supremo. De este modo, unos días después de la anterior, se dicta la **sentencia de 6 de febrero de 2020 (rec. 3801/2017)** en relación con el cómputo, como periodo cotizado, de la prestación del Servicio Social obligatorio de la mujer para acceder a la jubilación anticipada. Se parte de un déficit de protección normativo, al no contemplarse como periodo cotizado dicho tiempo, a diferencia de la previsión expresa respecto del servicio militar obligatorio o prestación social sustitutoria del hombre. De nuevo, la sentencia aplica los tres pasos en los que consiste la perspectiva de género. Así, “no cabe la interpretación del artículo 208.1.b LGSS de forma rígidamente literal” porque conduciría a violar el principio de igualdad. En segundo lugar, se delimita y justifica el grupo discriminado indirectamente por razón de sexo, puesto que “el servicio

militar lo realizaban únicamente los hombres”. Por último, se aplica el criterio de analogía y finalista para superar esta discriminación. De este modo, “se configura como deber tanto la prestación del servicio militar como la prestación del servicio social de la mujer” y “en ninguna de las dos prestaciones hay obligación de cotizar”, siendo “la finalidad de ambas prestaciones similar”. Como punto final, se hace referencia al art. 4 de la LOIEMH para rematar que las mujeres deben tener el mismo beneficio legal que lo hombres en su acceso a la jubilación anticipada.

El **2 de julio de 2020** se dicta otra sentencia por parte del Tribunal Supremo (rec. 201/2018) en relación con la perspectiva de género en su dimensión vertical. En concreto, se trata de determinar si la incapacidad permanente derivada de complicaciones en el parto es un accidente no laboral o enfermedad común, habida cuenta de las diferencias más ventajosas en la acción protectora del primer supuesto respecto del segundo –principalmente, en lo que afecta al periodo de cotización previa y al cálculo de la base reguladora–. Parece, al menos a primera vista, que la metodología descrita no resulta tan sencilla de aplicar al presente caso, pues no se cuestiona el cumplimiento de requisitos normativos que pudieran encerrar una discriminación indirecta, sino que se pone en cuestión la conceptualización de dos instituciones jurídicas como son el accidente o enfermedad no laboral.

Con todo, el tribunal intenta su aplicación metodológica. En este sentido, más que partir de la definición legal de accidente no laboral y de enfermedad común, dada la vaguedad de la norma, el punto de partida lo marca el concepto jurisprudencial de accidente no laboral, definido por el propio TS como “acción súbita, violenta y externa”. Aunque no lo diga la sentencia, el TS entiende que una aplicación automática y literal de su propia doctrina conllevaría a provocar un impacto de género discriminatorio en la sociedad, en la medida en que, dada la especificidad y singularidad del embarazo y parto, solamente afectaría negativamente a las mujeres exigir la concurrencia del requisito de “acción externa”. En lugar de aplicar su propia metodología por la imposibilidad de encontrar un grupo de referencia respecto del cual predicar la discriminación, el TS trata de justificar conceptualmente que “lo ocurrido en un parto se asemeja más a la acción súbita y violenta inherente al concepto de accidente”. Asimismo, introduce un matiz no menos relevante para realizar una interpretación por igualdad que deja atrás el elemento comparativo hasta ahora empleado y se centra exclusivamente en la condición de mujer, por cuanto solamente las mujeres pueden encontrarse en esta situación sin parangón con ninguna intervención quirúrgica u hospitalaria al ser la maternidad y el parto un proceso natural no patológico. Como tercer paso, a la hora de proceder a aplicar criterios interpretativos que conduzcan a superar la discriminación encerrada en la norma, en esta ocasión al tratarse de una elaboración doctrinal propia se limita a corregir la misma, al tiempo que invoca los art. 4 y 15 de la LOI y el conjunto de sentencias dictadas en torno a los mismos.

La última sentencia que de momento integra la hermenéutica de género es la **STS de 14 de octubre de 2020 (rec. 2753/2018)**. El conflicto jurídico es si debe aplicarse la norma en su literalidad para el acceso a la pensión de viudedad cuando la pareja de hecho mujer incumple el requisito legal de convivencia. Para entender el alcance e intensidad de la perspectiva de género en el caso, resulta esencial compartir que la convivencia había cesado en el año 2000; que en el año 2001 se acordó el cese de convivencia y se aprobó el convenio regulador sin pensión compensatoria; que en el año 2003 la causa penal por violencia machista fue archivada; y doce años más tarde, cuando por un accidente de tráfico fallece su antigua pareja de hecho, solicita la pensión de viudedad.

A la hora de aplicar la metodología descrita, se parte de que para las mujeres casadas o divorciadas víctimas de malos tratos no está previsto el requisito legal de convivencia con el maltratador para acceder a la pensión de viudedad ex. art. 174.2 LGSS. En este sentido, como punto de partida, la aplicación literal de la norma conduciría a excluir a las víctimas mujeres constituidas en pareja de hecho (o expareja) de este régimen protector y condenarlas a vivir con su maltratador para acceder a una prestación pública. A pesar de no existir sentencia condenatoria, se entiende probada

“la violencia conyugal” y, en consecuencia, mediante un criterio finalista y analógico se exime del cumplimiento del requisito de la convivencia también para las parejas o ex parejas de hecho que hayan sufrido violencia conyugal a la hora de acceder a la pensión de viudedad.

Es evidente que se seguirán dictando sentencias aplicando la perspectiva de género que pongan de manifiesto los vestigios sexistas que encierra nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, resultan reveladoras algunas sentencias de otros tribunales tratando asuntos que no han llegado al Tribunal Supremo de momento. Destacan las sentencias del **TSJ de las Islas Canarias (Las Palmas) de 22 de junio de 2020 (rec. 310/2020) y 29 de enero de 2021 (rec. 940/2020)**, siendo la ponente de ambas la experta y activista en la materia Gloria Poyatos Matas. En la primera se interpreta el requisito de convivencia para acceder a las prestaciones en favor de familiares. Así, el tribunal entiende que debe estudiarse el conflicto desde una perspectiva de género en la medida en que dichas prestaciones son percibidas mayoritariamente por mujeres, en correspondencia con el trabajo de los cuidados, que también recae mayoritariamente sobre ellas según los datos que aporta del INSS. Así pues, una vez identificado el grupo socialmente afectado principalmente por la norma, constituido por mujeres, procede a interpretarse la misma no de forma literal, pues ello conllevaría un impacto de género en la sociedad discriminatorio, sino desde un punto de vista sistemático y finalista, de tal suerte que el requisito de convivencia engloba no solo la cohabitación, sino la efectividad de las atenciones y cuidados. Sorprende, por lo demás, que la decisión hubiera sido idéntica para el caso que el solicitante de la prestación fuera un hombre, pues el tribunal aplica la doctrina antigua del Tribunal Supremo en cuanto a la definición de convivencia para el acceso a este tipo de prestaciones (STS de 9 de febrero de 1985, rec. 355/1984). Por esta razón llama la atención de que la sentencia dedique gran parte de su razonamiento a explicar el origen, virtualidad, fundamento y fases de la perspectiva de género como hermenéutica judicial.

En la segunda de las sentencias referidas, la controversia pasa por interpretar el concepto de familia numerosa a efectos de determinar el umbral económico para acceder a las prestaciones no contributivas por hijo a cargo reguladas en el antiguo art. 352 LGSS (reformado en 2020). Al igual que en el caso anterior, la aplicación de la perspectiva de género no se realiza correctamente, pues la primera tarea debiera consistir en detectar la laguna o déficit normativo que, al encerrar un vestigio machista, pudiera traducirse, a la hora de aplicarla, en un impacto social que perpetuase el estereotipo machista contra la mujer. Tampoco se identifica el grupo social con el que contrastar y de cuya comparación se derivaría una potencial discriminación. En su lugar, el tribunal constata que se trata de una norma que afecta principalmente a las mujeres, por cuanto el grupo de beneficiarios de la prestación que regula está formado mayoritariamente por mujeres. Ello le empuja a tener una especial sensibilización hacia la mujer y, de nuevo, tras realizar un estudio cuasi doctrinal sobre la perspectiva de género, sorprende que el conflicto se resuelva gracias a una lectura sistemática y literal de las normas.

2.2. La aplicación horizontal de la perspectiva de género

La primera sentencia en la que el TS aplica la perspectiva de género en el plano horizontal, es decir, en un conflicto jurídico entre empresa y trabajadora, donde la pretensión ya no es, como en el plano vertical, el reconocimiento de una prestación social, sino el de un derecho laboral a cargo del empleador, es en la conocida **STS de 13 de noviembre de 2019 (rec. 75/2018)**. Como se sabe, el conflicto jurídico entre las partes se ciñe a si los trabajadores puestos a disposición por las ETT tienen derecho o no a que la empresa usuaria les aplique las medidas recogidas en su plan de igualdad. En esta ocasión, se intenta respetar y seguir la metodología aplicativa de la perspectiva de género fijada en la sentencia del año 2009. Así, se parte del cuestionamiento de la literalidad como único criterio hermenéutico para concluir que, sobre la base de este, sería posible dar ya una respuesta positiva a

la cuestión dada la redacción del párrafo cuarto del art. 11 LETT. El siguiente paso, pese a poder dar por resuelto el conflicto, hubiera sido que el tribunal identificara al grupo social potencialmente discriminado compuesto por mujeres. Sin embargo, en el presente caso se omite dicha referencia al presentarse los planes de igualdad –cuya aplicación se reclama– como una protección en favor de las mujeres. Así, por último, se vuelve a emplear el criterio de no exclusión (“nada impide que se apliquen al trabajador puesto a disposición las medidas contenidas en ambos planes de manera complementaria”) y el de la finalidad de la norma, en paralelo a la referencia a los art. 4 y 15 de la LOI, para concluir que debe evitarse realizar una interpretación sesgada y potenciar, por el contrario, una lectura favorecedora de la igualdad real en el ámbito de las relaciones en general. En fin, por vez primera y de forma expresa se aplica horizontalmente este criterio hermenéutico.

Siguiendo esta senda, un mes después el Pleno del TS confirma la aplicación de la perspectiva de género en un plano horizontal en la sentencia de **3 de diciembre de 2019 (rec. 141/2018)**. El conflicto jurídico radica en la validez de un acuerdo de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo en el que se pacta un complemento salarial que no se devenga, en general, durante las ausencias del puesto de trabajo y, en concreto, durante los periodos de suspensión por maternidad o riesgo en el embarazo ni lactancia. El TS entiende que “tan amplio e indiscriminado alcance nos obliga a hacer una labor interpretativa del acuerdo para fijar los límites en los que pudiera colisionar con materias de derecho necesario”. Metodológicamente la sentencia, al aplicar la perspectiva de género, parte de que la literalidad del acuerdo sí entra en colisión con el derecho a la igualdad efectiva por cuanto penaliza el ejercicio de la corresponsabilidad parental como instrumento de consecución de dicho principio¹⁴. Se presenta así el principio pro conciliación responsable como plasmación de la perspectiva de género en un plano horizontal. A continuación se acude al conocimiento general de la realidad sociológica para entender que, en tanto en cuanto los deberes parentales se asocian culturalmente a la figura de la mujer, el hecho de penalizar el disfrute de los derechos de conciliación, aunque se haga de forma neutral, afectará más a las mujeres en la medida que los hombres no accederán a estos instrumentos de corresponsabilidad familiar.

A partir de esta consideración, el tribunal va analizando cada tipo de suspensión legal posible y su alcance como instrumento activo de igualdad de mujeres y hombres en el marco de la corresponsabilidad familiar, para concluir que en aquellos casos en los que se de esa relación, el acuerdo de modificación sustancial es discriminatorio y, por lo tanto, nulo.

No obstante, en su análisis, se echa en falta que el tribunal haga referencia a algún informe o dato sociológico que sustente este razonamiento en cada una de las ausencias del puesto de trabajo analizadas. A diferencia de la metodología fijada en la sentencia del año 2009, se prescinde de la demostración empírica de los estereotipos discriminatorios de la sociedad para, en su lugar, darlos sencillamente como realidades conocidas y sin necesidad de prueba. No solo por razones básicas de argumentación jurídica en las que se hace depender el sentido del fallo, sino especialmente como mecanismo de denuncia y visibilidad de la discriminación social en la que se encuentran sus víctimas. En su lugar, se reitera en más de una ocasión que se trata de datos “manifiestamente notorios y conocidos en la realidad social que nos envuelve”. Como excepción a esta metodología sin datos, el TS emplea como evidencia la Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo del año 2015, en conexión con el análisis que se hace del permiso del art. 37.3.b) ET (permiso de accidente u hos-

¹⁴ En un sentido similar, **STS de 23 de septiembre de 2020 (rec. 70/2019)**. Aunque no se refiere expresamente a la perspectiva de género como canon hermenéutico, señala que en nuestro ordenamiento jurídico la colaboración en el cuidado de los hijos comunes (art. 39.3 CE) incumbe a ambos progenitores (STC 128/1987, de 16 de julio), por lo que, tanto una regulación que fomente la dedicación exclusiva o prioritaria de la mujer a las tareas domésticas, como una regulación que desincentive el disfrute total o parcial del permiso de paternidad, es jurídicamente inadmisibles por constituir una clara discriminación por razón de sexo.

pitalización de familiares). Aun así, el TS reconoce que carece de estudios más específicos sobre el número de trabajadoras en contraste con el de trabajadores que hacen uso de este permiso, pero entiende “que resulta suficiente para constatar” la diferencia sociológica en su disfrute.

Por último, respecto a esta sentencia, debe ponerse de manifiesto que la aplicación de la perspectiva de género en el plano horizontal, en el modo concreto en el que se realiza, no resulta pacífica entre los magistrados. Así, cuenta con un voto particular suscrito por dos magistrados en el que defienden razones de pura legalidad para entender que la remuneración debe mantenerse durante los permisos remunerados que la Ley contempla, con independencia de que se persiga la satisfacción de derechos o libertades constitucionales. Más interesante, si cabe, son las consideraciones que realizan en torno a la poca justificación a la hora de vincular cada permiso concreto con su potencial alcance como instrumento de corresponsabilidad. Así, se cuestiona que se califique como objetivamente neutro y se excluya de esa “consideración promocional” el permiso de traslado de domicilio, por ejemplo.

Como se ha dicho antes, es posible localizar pronunciamientos judiciales de otros tribunales y juzgados que aplican igualmente la perspectiva de género como canon hermenéutico, si bien los temas abordados y los conflictos jurídicos son los mismos que los expuestos en las sentencias del Tribunal Supremo. Con todo, sí es posible encontrarse con algún conflicto reciente que aún no ha llegado al alto tribunal. Así, la **STSJ de Cantabria de 18 de enero de 2019 (rec. 833/2018)** dilucida si el despido de una trabajadora en situación de Incapacidad Temporal por padecer cáncer de útero, sin que concurra causa objetiva o disciplinaria para ello, debe calificarse como procedente o nulo por ser discriminatorio. A este respecto, después de un extenso repaso por la jurisprudencia comunitaria y constitucional diferenciando los conceptos de discapacidad y enfermedad, el tribunal entiende que, al ser este tipo de cáncer una enfermedad de larga duración al no presentar perspectiva de recuperación delimitada a corto plazo, y que su tratamiento limita la participación plena y efectiva en la vida profesional, el despido debe calificarse como nulo. La importancia de la perspectiva de género es residual por cuanto aparece simplemente mencionada, si bien no la aplica ni la desarrolla, aunque introduce un matiz cuestionable de que al ser una “patología netamente femenina” debe enjuiciarse con perspectiva de género. Parece que la discriminación tiene su origen en la discapacidad y no en el sexo de la trabajadora, por lo que esta consideración final lejos de manifestar la relevancia de la perspectiva de género, la denosta al obviar los presupuestos aplicativos de la misma.

Otro caso de aplicación horizontal de la perspectiva de género es el resuelto en la **STSJ de Madrid de 17 de diciembre de 2020 (rec. 388/2020)**. El conflicto jurídico consiste en dilucidar si el ejercicio del derecho a la reducción de la jornada por guarda legal del art. 37.6 ET integra, a su vez, el derecho a cambiar el turno al que se encuentra adscrita la trabajadora. El convenio aplicable, que podría establecer los criterios para la concreción horaria de dicha reducción, se limita a repetir lo previsto en el art. 37.7 ET al señalar que corresponderá al trabajador la concreción horaria dentro su jornada ordinaria. Pues bien, el tribunal trae a colación la perspectiva de género como elemento de ponderación de los derechos en juego, para concluir que existiendo una relación asimétrica entre mujeres y hombres, debe primar la tutela del derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar, condenando a la empresa por discriminación por razón de sexo al no haber justificado suficientemente, según la opinión del tribunal, la denegación de la solicitud de la trabajadora. Está por verse si esta conceptualización de la perspectiva de género, no ya como canon hermenéutico de normas, sino como elemento de ponderación en favor de los derechos del trabajador en un conflicto con la empresa se mantiene y es asumido por parte del Tribunal Supremo en el futuro¹⁵.

¹⁵ Debe advertirse que el TC en su sentencia 3/2007 de 15 de enero ya se había pronunciado en un caso similar, concediendo el amparo a la trabajadora basando su argumentación jurídica en la existencia de una discriminación indirecta, sin referencia a la perspectiva de género.

3. La frontera entre la función integradora y el activismo judicial. Una breve reflexión final

Se ha dicho que la perspectiva de género no justifica la arbitrariedad ni fomenta la creatividad judicial al margen de la ley o *contra legem*, sino que se trata de materializar la función integradora del poder judicial mediante una sensibilidad que favorezca la igualdad entre sexos ejerciendo así una tutela antidiscriminatoria¹⁶. Sin embargo, algunas de las sentencias analizadas reflejan, por un lado, la frágil frontera entre la función legislativa y la función de integración del órgano judicial¹⁷ y, por otro lado, que la argumentación jurídica en la que se basa no siempre es constante y coherente, e incluso se convierte en un elemento de ponderación más que de interpretación normativa.

A este respecto, conviene no olvidar la regla general según la cual, la materialización del art. 9.2 de la CE corresponde, dada su complejidad, al legislador por cuanto sus decisiones gozan de una especial legitimidad, pues “un tribunal empeñado en integrar se convierte irremediabilmente en legislador”¹⁸. Lejos de ser este un debate meramente teórico, la **STS de 12 de febrero de 2021** (rec. 2839/2019) da muestra de la división interna en el Tribunal Supremo sobre cuáles deben ser los límites de la perspectiva de género y el alcance de la función integradora del poder judicial en esa función.

El sentir mayoritario de la Sala en esta sentencia rechaza integrar la perspectiva de género en su dimensión horizontal a pesar de que, como el recurso plantea, se dan los presupuestos que el propio TS ha fijado en su anterior doctrina: una norma aparentemente neutra pero que en su aplicación perjudica de modo mayoritario a las mujeres. Se trata de interpretar, nada más y nada menos, el art. 42 ET al no recoger como garantía la aplicación del convenio de la empresa principal permitiendo que las condiciones laborales de los trabajadores adscritos a la subcontrata sean inferiores. El TS reconoce que es notorio que, en el sector de la hostelería, el personal de pisos y limpieza está formado mayoritariamente por mujeres, pero que debe rechazarse una eventual discriminación indirecta por razón de género porque no se trata de un vestigio sexista ni un déficit o laguna normativa, sino que por el contrario “el silencio del legislador en esta materia opera con plena conciencia”.

En contra, la magistrada Rosa María Virolés Piñol defiende en su voto particular reinterpretar el art. 42 ET con perspectiva de género con el objetivo de que se aplique el convenio que rige en la empresa principal, porque una lectura automática del precepto conduce al dumping social y a la precariedad de las condiciones laborales de las mujeres. A mayor abundamiento, y seguramente aquí está el auténtico debate, se argumenta que la función integradora opera no solo ante la ausencia de una norma aplicable al caso real, sino también cuando “la norma no considere la igualdad de sexos que debió haberse considerado”.

Esta última reflexión es la que se esconde seguramente detrás de la interpretación y aplicación de las normas laborales desde una perspectiva de género, es decir, que el poder judicial tiene la doble obligación de identificar en la norma aplicable posibles discriminaciones indirectas derivadas de su aplicación y, a continuación, enmendar dicho impacto en sociedad corrigiendo al legislador mediante la función interpretativa.

Ahora bien, no debemos olvidar que la CE contempla un sistema de jurisdicción constitucional concentrado en el que los órganos judiciales deben actuar sometidos al imperio de la ley y a la

¹⁶ ELÓSEGUI ITXASO, MARÍA, La igualdad de oportunidades. Modelos y referentes. Su influencia en el Derecho, en Vivas Larruy, A. (Dir.), *La discriminación por razón de sexo tras 25 años en la Constitución española*, Cuadernos de Derecho Judicial núm. 3, Madrid, CGPJ, 2004, pp. 414 y 415.

¹⁷ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, SARAI, La perspectiva de género en la aplicación e interpretación de las normas por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, *Trabajo y Derecho*, núm. 76, 2021, p. 8.

¹⁸ ALONSO GARCÍA, ENRIQUE, *La interpretación de la Constitución*. Madrid, Centro de Estudios constitucionales, 1984, p. 562.

Constitución y, por tanto, si bien pueden cuestionar y examinar la constitucionalidad de las leyes, no por ello pueden dejar de aplicarlas, sino que deben, en todo caso, cuestionarlas ante el TC. Así, cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional, procede el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad ante el TC según lo previsto en el art. 5 de la LOPJ. Ejemplo de este correcto entendimiento de la depuración de las normas es la STC 103/1983, de 22 de noviembre, en la que a raíz de una cuestión de inconstitucionalidad, el TC entendió que el hecho de establecer un régimen legal más exigente para los viudos a la hora de acceder a la pensión de viudedad era contrario al principio de igualdad.

Otro ejemplo más reciente es la cuestión interna de inconstitucionalidad planteada por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional que dio lugar a la **Sentencia 91/2019 de 3 de julio** en la que se resuelve, aplicando la metodología de perspectiva de género en sus tres pasos, que la norma que fija un porcentaje de parcialidad a la base reguladora de la pensión de jubilación es contraria al principio de igualdad efectiva porque esconde una discriminación indirecta por razón de sexo. Así, se localiza la norma aparentemente neutral y se cuestiona su constitucionalidad al provocar su aplicación un efecto discriminatorio contra la mujer. En segundo lugar, el TC delimita mediante cifras oficiales el grupo social perjudicado por la configuración legal de dicha regla en comparación respecto al grupo con el que se denuncia la diferenciación. Por último, el TC alcanza la conclusión, aplicando el principio de igualdad real, que dicha norma no debe tener cabida en nuestro ordenamiento jurídico y la declara nula.

No debe olvidarse, por tanto, que según el art. 163 de la CE y el 35.1 LOTC, cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la CE deberá plantear la cuestión ante el TC. La función integradora que implica la perspectiva de género encuentra un importante límite en este sentido, pues el juez no puede aplicar directamente la Constitución, obviando lo dispuesto en la ley, ya que ello supondría “la imposición del juez sobre la ley, lo que no está permitido por la Constitución”¹⁹. Ello no significa que los jueces no puedan, y de hecho, así deben hacerlo, realizar una interpretación de las leyes de acuerdo con la CE, pues entra dentro de la potestad jurisdiccional del art. 117.3 CE y lo hacen en virtud del principio de independencia judicial del art. 117.1 CE. Es más, a ello se suma la necesidad de preservar la validez de la ley gracias a su función interpretativa (SSTC 37/88 FJ 7 y 227/88 FJ 7), debiendo agotar las interpretaciones que la hagan conforme con la norma fundamental²⁰. Así lo recoge el art. 5.1 de la LOPJ que apela a los jueces a interpretar las leyes conforme a los preceptos y principios constitucionales como paso previo a plantear la cuestión de inconstitucionalidad –si bien no se presenta como causa de admisión de dicha cuestión según la doctrina consolidada del propio TC, sino que ofrece una alternativa entre llevar a cabo la interpretación al caso concreto conforme la CE o plantear la cuestión de inconstitucionalidad (SSTC 105/88, 222/92 o 174/98).

Ahora bien, dicha libertad de interpretación de la norma conforme a la constitución encuentra dos límites importantes. Por un lado, tal y como señala el propio TC, el juez no puede desvirtuar el sentido de la ley para no plantear la cuestión, pues “la posibilidad de interpretar las normas tiene también sus límites y no puede llegar a entender que la norma dice lo contrario o algo sustancialmente distinto de lo que dice” (SSTC 34/81, 22/85 o 222/92). Por otro lado, la posibilidad de dictar sentencias interpretativas de las normas, dotándoles de un significado sustancialmente distinto al que derivaría de su literalidad para así, y solo así, mantener su vigencia conforme al texto

¹⁹ FERNÁNDEZ DE FRUTOS, MARTA, *El procedimiento de la cuestión de inconstitucionalidad*, Madrid: Cedecs, 2005, p. 134.

²⁰ RUIZ MIGUEL, ALFONSO, La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en L. García San Miguel (Ed.), *El principio de igualdad*, Madrid: Dykinson, 2000, p. 165.

constitucional es competencia exclusiva del Tribunal Constitucional. Una cosa es interpretar una norma en un caso determinado según los valores constitucionales y atendiendo, en particular, a la igualdad efectiva que deriva de los art. 14 y 9.2 CE; y otra cosa cualitativamente distinta es que el poder judicial participe de la conformación de la norma en cada caso y que el TS sustituya la labor del TC mediante la fijación de jurisprudencia aprovechándose de lo previsto en el art. 1.6 del CC. Así, corresponde solamente al TC, como intérprete supremo de la Constitución, no solo la fijación de la interpretación de las normas constitucionales, sino también la interpretación constitucional de las leyes que resulta vinculante para el resto de los poderes públicos, y en especial para los órganos judiciales en cuanto aplicadores del derecho²¹.

Estas consideraciones en torno a la posibilidad de dictar sentencias interpretativas por parte de la judicatura cobra máxima relevancia si se tiene en cuenta que la perspectiva de género como canon hermenéutico normalmente surge ante lagunas u olvidos de la norma. En los supuestos de posible vulneración del principio de igualdad por omisión o silencio legislativo, corresponde al Tribunal Constitucional hacer compatible dicha norma con el texto constitucional, por cuanto la omisión puede en ocasiones ser tanto como una contradicción, no pudiéndose calificar de inocua, indiferente o neutra. En estos casos, la interpretación conforme a la Constitución se vuelve más compleja, en la medida en la que no se trata de controlar la inactividad del legislador, sino las consecuencias jurídicas de dicha inactividad.

Es más, el propio TC es consciente de la dificultad para resolver la vulneración del principio de igualdad por omisiones legislativas relativas, pues “no se trata de suprimir o cancelar alguna de las partes de los preceptos, sino al contrario, de ampliar su objeto para incluir a aquellos que han sido excluidos sin justificación ninguna. En estos casos de omisión del legislador contraria a la Constitución, es el legislador, dentro de la libertad de configuración de que goza, derivada de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática quien determine a la mayor brevedad el régimen legal con respecto al derecho de igualdad que ahora resulta vulnerado” (STC 52/2006 de 16 de febrero, FJ 3).

A pesar de esta rotundidad, lo cierto es que la sanción a una omisión legislativa relacionada con el principio de igualdad no pasa únicamente por realizar recomendaciones al legislador, sino que llega hasta las sentencias aditivas por parte del TC, cuya finalidad es la transformación del significado de la ley bajo control, más que su eliminación o su interpretación conforme²². Ejemplos de esta función positiva o integradora del TC podrían encontrarse en las SSTC 103/83 de 22 de noviembre y 14/83 de 23 de noviembre que extienden el derecho a una pensión de viudedad a los varones. De este modo, en los supuestos de violación de igualdad mediante omisión, el TC podría solucionar la inconstitucionalidad de la norma interpretando extensivamente la norma, incluyendo los supuestos omitidos o recurriendo a la analogía en virtud del principio «ubi est eadem ratio vel aequitas, idem ius statui debet».

A este respecto, no debe olvidarse que la inactividad del legislador puede constituir la expresión de una opción política y que corresponde al control de constitucionalidad expulsar los actos y omisiones que son contrarias a las previsiones constitucionales²³. Así, en los supuestos de omisiones relativas, no puede ser el juez ordinario quien establezca su encaje en la Constitución, sino que mediante el remedio a la cuestión de inconstitucionalidad el TC podrá salvar, de forma limitada, dicha

²¹ En profundidad, FERNÁNDEZ DE FRUTOS, MARTA, *El procedimiento de la cuestión de inconstitucionalidad*, Madrid: Cedecs, 2005, p. 190.

²² AHUMADA RUIZ, M^a ÁNGELES, El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 8, 1991, p. 184.

²³ VILLAYERDE MENÉNDEZ, IGNACIO, Los remedios de inconstitucionalidad por omisión, *Justicia Electoral*, núm. 16, 2015, p. 216.

omisión dictando una sentencia aditiva gracias a una lectura extensiva y analógica de la norma que colme su vacío relativo²⁴.

En consecuencia, sobre el principio de división de poderes y la naturaleza del Tribunal Constitucional se conjuga la imposibilidad de que el poder judicial supla las omisiones legislativas relativas dictando sentencias “adjuntivas y reorientadoras” de la literalidad de la norma que permitan reparar la infracción constitucional y que, en su caso, vinculen al resto de tribunales y juzgados. La tarea de la función legisladora como consecuencia del control de los valores y principios constitucionales le corresponde de forma limitada, autocontenida y en exclusiva al Tribunal Constitucional²⁵.

En fin, la perspectiva de género como canon hermenéutico conecta con un debate tradicional entre los constitucionalistas en torno dónde acaba la interpretación conforme a la Constitución y dónde empieza el activismo judicial. Por ello, convendría no perder de vista el principio de autocontención, del imperio de la ley y de seguridad jurídica que limitan la función interpretativa de la jurisdicción ordinaria, pues como se ha denunciado²⁶, en caso contrario, se corre el riesgo de que el poder judicial acabe participando en la conformación de la norma. No se niega la independencia de los jueces para aplicar e interpretar las normas para acomodarlas a los principios y valores constitucionales. La reflexión que trato de compartir es que en los supuestos de omisiones legislativas relativas y contrarias al principio de igualdad, en la medida que exigen de una sentencia aditiva como solución, debe ser el Tribunal Constitucional quien asuma esta función, como máximo intérprete de la constitución, de forma limitada y extraordinaria, de legislador en positivo. Así, y por lo que respecta al poder judicial, en el momento en el que la interpretación conforme implicara dictar una sentencia adjuntiva, debería presentar la procedente cuestión de inconstitucionalidad, pues con ello se alcanzaría una mayor seguridad jurídica y, por consiguiente, una mayor protección para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

4. Bibliografía

- AHUMADA RUIZ, M^a ÁNGELES, El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 8, 1991, pp. 169-194.
- ALONSO GARCÍA, ENRIQUE, *La interpretación de la Constitución*. Madrid, Centro de Estudios constitucionales, 1984
- ELÓSEGUI ITXASO, MARÍA, La igualdad de oportunidades. Modelos y referentes. Su influencia en el Derecho, en Vivas Larruy, A. (Dir.), *La discriminación por razón de sexo tras 25 años en la Constitución española*, Cuadernos de Derecho Judicial núm. 3, CGPJ, Madrid, 2004, pp. 411-448.
- FERNÁNDEZ DE FRUTOS, MARTA, *El procedimiento de la cuestión de inconstitucionalidad*, Madrid: Cedecs, 2005.
- GIL RUIZ, JUANA MARÍA, *La interpretación de las normas bajo una perspectiva de género*, 2013, Disponible en: (20/04/2021) <https://www.poderjudicial.es/stffs/CGPJ/OBSERVATORIO%20DE%20VIOLENCIA%20DOM%20C3%89STICA/OTRAS%20ACTIVIDADES%20FORMATIVAS/FICHEROS/20130502%20JP%20La%20interpretaci%C3%B3n%20de%20las%20normas%20bajo....pdf>

²⁴ Ibidem, p. 232.

²⁵ REQUEJO PAGÉS, JUAN LUIS, *Los problemas de la omisión legislativa en la jurisprudencia constitucional*, *XIC Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos*, 2008, pp. 6, 34 y 43 (consultado 23/04/21). Disponible en ver bibliografía.

²⁶ GOERLICH PESET, JOSÉ MARÍA, La aplicación de las normas internacionales del trabajo por los tribunales españoles, *Labos*, vol. 2, núm. 1, 2021, p. 13.

- GOERLICH PESET, JOSÉ MARÍA, La aplicación de las normas internacionales del trabajo por los tribunales españoles, *Labos*, vol. 2, núm. 1, 2021, pp. 4-17.
- JIMÉNEZ HIDALGO, ADORACIÓN, *La precariedad laboral: desigualdad y discriminación*, 2018, <http://www.mujeresjuezas.es/2019/01/14/juzgar-con-perspectiva-de-genero-en-la-jurisidiccion-de-lo-social-novedoso-e-interesante-articulo-de-nuestra-socia-adoracion-jimenez-hidalgo/> (21/04/2021).
- LOUSADA AROCHENA, JOSÉ FERNANDO, La integración de la perspectiva de género en la aplicación e interpretación de las normas por la jurisdicción social, *Revista de Derecho Social*, núm. 91, 2020, pp. 39-58.
- MERCADER UGUINA, JESÚS R., *Los principios de aplicación del Derecho del Trabajo. Formación, decadencia y crisis*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.
- MOLINA NAVARRETE, CRISTÓBAL, Una cuestión de género en la justicia social: asignatura aún pendiente, también del Tribunal Supremo, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, núm. 453, 2020, pp. 5-30.
- MONTOYA MELGAR, ALFREDO, La aplicación del Derecho del Trabajo y el sistema de principios, valores y derechos fundamentales, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 88, 2011, pp. 13-29.
- POYATOS I MATAS, GLÒRIA, Juzgar con perspectiva de género: una metodología vinculante de justicia equitativa, *IQUAL. Revista de Género e Igualdad*, núm. 2, 2019, pp. 1-21.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, MIGUEL, Principio de igualdad y Derecho del Trabajo, en *XI Jornadas de Estudio El principio de Igualdad en la Constitución española*, vol. 2, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 1069-1100.
- RAMOS QUINTANA, MARGARITA ISABEL, Lesiones en el parto y seguridad social: el enquistamiento de las discriminaciones de sexo y de género, *Trabajo y Derecho Nueva Revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 71, 2020, pp. 1-6.
- REQUEJO PAGÉS, JUAN LUIS, *Los problemas de la omisión legislativa en la jurisprudencia constitucional, XIC Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos*, 2008 (consultado 23/04/21). <https://www.tribunalconstitucional.es/es/publicaciones/Publicaciones/Coedicion-TCEuropeos-II.pdf>
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, SARAI, La perspectiva de género en la aplicación e interpretación de las normas por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, *Trabajo y Derecho*, núm. 76, 2021, pp. 1-14.
- RUIZ MIGUEL, ALFONSO, La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en L. García San Miguel (Ed.), *El principio de igualdad*, Madrid: Dykinson, 2000, pp. 155-200.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, IGNACIO, Los remedios de inconstitucionalidad por omisión, *Justicia Electoral*, núm. 16, 2015, pp. 195-271.

A vueltas con el control de convencionalidad: avances y retrocesos de la aplicación de la norma internacional en el ordenamiento jurídico laboral español

Back with the control of conventionality: advances and settlements of the application of the international standard in the Spanish labor legal order

Miguel Ángel Garrido Palacios*

*Profesor Asociado de Derecho del Trabajo
Universidad Complutense de Madrid*

ORCID ID: 0000-0003-2093-1286

Recibido: 22/12/2020

Aceptado: 15/1/2021

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2021.6219>

Resumen: El debate sobre la vigencia del control de convencionalidad para asegurar los estándares más elevados de derechos desde la norma internacional se encuentra de plena actualidad en nuestro ordenamiento jurídico. Desde la Covid-19 se detecta una mayor familiaridad en el recurso a normas tales como el Convenio 158 de la OIT y la Carta Social Europea para la resolución de los litigios internos, tanto en el ejercicio del control de convencionalidad como en su rechazo. El objeto de este artículo es actualizar los elementos jurídicos y legales que avalan al control de convencionalidad, pero al mismo tiempo reflexionar sobre las cautelas, lagunas y posibles usos extensivos que se extralimitarían de su contenido y esencia. Sin duda, el debate en estos términos puede posibilitar un uso más adecuado y armónico entre el Derecho internacional y el Derecho interno.

Palabras clave: control de convencionalidad, jurisprudencia, Covid-19, Convenio 158 OIT, Carta Social Europea.

Abstract: The debate on the validity of conventionality control to ensure the highest standards of rights from the international norm is fully topical in our legal system. Since Covid-19, a greater familiarity has been detected in the use of standards such as ILO Convention 158 and the European Social Charter for the resolution of internal disputes, both in the exercise of conventionality control and in its rejection. The purpose of this article is to update the legal and legal elements that support the conventionality control, but at the same time to reflect on the precautions, loopholes and possible extensive uses that would exceed their

*migarr10@ucm.es

Keywords: content and essence. Undoubtedly, the debate in these terms can enable a more adequate and harmonious use between international law and domestic law. control of conventionality, jurisprudence, Covid-19, ILO Convention 158, European Social Charter.

I. Planteamiento introductorio

El interés sobre el Derecho internacional del trabajo va en aumento entre la doctrina judicial y académica¹. El debate se centra en la utilidad de la norma internacional del trabajo, a través del control de convencionalidad, como herramienta jurídica hábil para recuperar elementos tuitivos que se han ido perdiendo con las sucesivas reformas laborales, en particular la de 2012.

Si bien la cuestión del control de convencionalidad data de unos pocos años atrás en nuestro ordenamiento, el Derecho internacional fue clave para la configuración de nuestro modelo de relaciones laborales democrático. El objeto de este artículo es situar los elementos legales y doctrinales que sirven para realizar la protección multinivel de derechos desde el marco internacional. No obstante lo anterior, pese a los considerables avances del control que se plasmarán en este estudio, la controversia jurídica sigue abierta con defensores y detractores del control de convencionalidad.

Las primeras resoluciones judiciales que abordaron el novedoso mecanismo exteriorizaron un conocimiento limitado de la materia, probablemente por su innecesario uso del que se partía históricamente, al ser más elevado el marco de protección nacional que el internacional. Esta primera etapa, parece superada puesto que el debate en la jurisprudencia plantea un mayor conocimiento y rigor del control de convencionalidad.

También se asiste con preocupación a un uso del control de convencionalidad extensivo o en ocasiones polémico que puede dar lugar a desvirtuar la propia figura del mecanismo. Este se reserva para los supuestos excepcionales en que nuestro ordenamiento no sea capaz de dar una solución jurídica para el respeto de los estándares de ámbito internacional lo que necesariamente debe dar lugar a la inaplicación de la norma interna. En este sentido, este artículo reflexiona sobre elementos de naturaleza constitucional, de colisión con el Derecho comunitario o del alcance de las resoluciones de los órganos de control, que sin duda han de ser tenidos en cuenta para situar correctamente el alcance del control de convencionalidad.

Antes de adentrarme en el análisis del estado de la cuestión es menester acotar que textos se integran en el contenido del Derecho internacional del trabajo, para recoger el contenido de este que es susceptible de ser tratado desde el prisma del control de convencionalidad.

II. El concepto de Derecho internacional del trabajo y su importancia en el derecho interno

Se parte de un concepto del Derecho internacional del trabajo, ciertamente desconocido por nuestros operadores jurídicos aunque esto se va revirtiendo poco a poco. Algunos autores lo caracterizan como un régimen jurídico². Otros sectores autorizados de la doctrina³ ubican al Derecho interna-

¹ GOERLICH PESET, José María, 2021. (Re)descubriendo el control de convencionalidad: ¿activismo o autocontención judicial). En: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/LABOS/index>. Disponible en <https://doi.org/10.20318/labos.2021.6044> [consulta: 31 de marzo 2021].

² BONET PÉREZ, Jordi. Las relaciones laborales como objeto de reglamentación jurídica internacional: origen y evolución, En: Bonet Pérez, J. y Olesti Rayo, A. (dirs.) *Nociones básicas sobre el régimen jurídico internacional del trabajo*, Barcelona, Huygens, 2010, p. 34.

³ En este sentido dedica su obra monográfica SERVAIS, Jean Michel. *Derecho Internacional del Trabajo*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2011.

cional del trabajo como disciplina autónoma que forma parte del Derecho internacional público y la propia Organización Internacional del Trabajo lo emplea en dichos términos⁴. Existen una serie de elementos históricos que refuerzan y justifican esta idea y que enumero a continuación.

Remontándome al siglo XIX el Derecho internacional del trabajo se vertebraría por la interacción de una serie de factores: el interés de los Estados en disciplinar al mercado en condiciones de competencia; la incorporación de unas condiciones mínimas dignas fundamentalmente de higiene y salubridad, la limitación de las jornadas de trabajo extenuantes y el trabajo infantil entre otras cuestiones. Todo este recorrido con sus contradicciones, luces y sombras propias de ese periodo histórico lleva al nacimiento de la Organización Internacional del Trabajo y demuestra que la norma internacional hizo acto de presencia en los inicios de la conformación del Derecho del Trabajo.

La consolidación del Derecho internacional del trabajo se produce con el marco jurídico que se plasma tras la finalización de la II Guerra Mundial y donde la Organización Internacional del Trabajo tiene un papel protagónico. Con la Declaración de Filadelfia y la aprobación de los grandes convenios, ocupa un lugar central en la esfera internacional llegando a considerarse “Código Internacional del Trabajo”⁵ al compendio de convenios y recomendaciones que se han ido produciendo a lo largo del tiempo. Sin embargo, no se pueden olvidar las críticas vertidas a la organización en todo este tiempo y que se pueden sintetizar en: su carácter reformista para frenar los efectos de la Revolución Rusa⁶, el tratamiento diferencial para los trabajadores de las metrópolis y el de los indígenas en las colonias⁷, o su incapacidad para adaptarse a los tiempos de la globalización y la *Lex Mercatoria*⁸, etc.

El otro pilar del Derecho internacional del trabajo es la Carta Social Europea que procede del Consejo de Europa. Pese a que el texto fuerte de esta organización es el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Carta es un instrumento al alza ante las medidas de austeridad aplicadas en Europa por los efectos de la crisis financiera de 2008. Se ha llegado a afirmar que con la interpretación que hace de la misma el Comité Europeo de Derechos Sociales se constituye en el último bastión de los derechos sociales en Europa⁹.

Con estas cuestiones previas, se podría precisar que el Derecho internacional del trabajo abarca todas las normas de fuente pública que reconocen derechos laborales o dicho de otra forma, las normas supranacionales que contribuyen a la institucionalización y regulación de las relaciones la-

⁴ Así se emplea la OIT entendiendo que sus Convenios y Recomendaciones suponen una fuente de derecho internacional. Disponible en <https://www.ilo.org/inform/online-information-resources/research-guides/labour-law/lang-es/index.htm> [consulta: 31 de marzo 2021].

⁵ VALTICOS, Nicolas, *Derecho Internacional del Trabajo*. Madrid, Tecnos, 1977, p. 105.

⁶ CEBREIROS ÁLVAREZ, Eduardo. Estructura orgánica y funcionamiento de la Organización Internacional del Trabajo en su etapa inicial (1919-1939). En: CHAMOCHO CANTUDO, Miguel Ángel, RAMOS VÁZQUEZ, Isabel y ESPUNY TOMÁS, María Jesús (coords.). *La Organización Internacional del Trabajo. Cien años de protección jurídica internacional de la clase obrera (1919-2019)*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 75-113.

⁷ Sobre este punto cabe remitirse al trabajo de investigación de BARRAGÁN ROMANO, Rossana. La geografía diferencial de los derechos. Entre la regulación del trabajo forzado en los países coloniales y la disociación entre trabajadores e indígenas en los Andes (1920-1954). En Caruso L. y Stagnaro, A. (Coords.). *Una historia regional de la OIT. Aportes sobre regulación y legislación del trabajo latinoamericano*, La Plata, 2017, Universidad Nacional de La Plata. Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación. (Estudios/Investigaciones; 62), pp. 25-63. Disponible en <http://libros.fahce.unlp.edu.ar/index.php/libros/catalog/book/93>

Igualmente, RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, Luis, pone el acento en que estas políticas derivaban de la doctrina de la tutela que era expresión del imperialismo europeo y donde predominaba la visión de jerarquía de razas y culturas siendo el elemento por el que se trataba de justificar el trato desigual el de carencia de “civilización”. Véase su artículo “La OIT y los pueblos indígenas en el derecho internacional del colonialismo al multiculturalismo”, *Trace*, México, Cemca 46, 2004, pp. 59-81.

⁸ GUAMÁN HERNÁNDEZ, Adoración y NOGUERA FERNÁNDEZ, Albert, *Derechos sociales, integración económica y medidas de austeridad. La UE contra el constitucionalismo social*. Albacete, Bomarzo, 2014.

⁹ JIMENA QUESADA, Luis. Introducción: sostenibilidad y efectividad de los derechos sociales, incluso y sobre todo en tiempos de crisis, En: ALFONSO MELLADO, Carlos Luis., JIMENA QUESADA, Luis y SALCEDO BELTRÁN, Carmen, *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales frente a la crisis económica*, Albacete: Bomarzo, 2014, pp. 13-48.

borales¹⁰. En tal sentido, y con la intención de ser expositivo, comprendería como textos principales a los Pactos internacionales de Naciones Unidas, los convenios de la OIT, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea.

Una vez determinado el ámbito normativo del Derecho internacional del trabajo se puede asistir a la conformación de su conglomerado teórico.

III. Los orígenes del control de convencionalidad

El control de convencionalidad es una herramienta jurídica que permite preservar el nivel de protección más alto de derechos desde la norma internacional cuando la norma interna contradice abiertamente lo pautado por aquella. Es la selección de la norma aplicable por el juez ordinario predeterminado por la ley al margen del control de constitucionalidad de la norma que es una cuestión distinta.

Su armazón teórica tiene su origen en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, cuya Corte Interamericana ha ido vertebrando el concepto a través de la evolución de su jurisprudencia para asegurar los estándares internacionales. El panorama jurídico interamericano nos trae dos enseñanzas positivas para aprehender en nuestra arquitectura jurídica:

La primera cuestión es el desarrollo jurisprudencial que agregó el control de convencionalidad como fundamento del cumplimiento de la Convención Americana de Derechos Humanos. Su consolidación fue paulatina ya que se partía de la posición particular de un juez¹¹ hasta conseguir que se asentara en las resoluciones de la Corte Interamericana.

La segunda cuestión es la trascendencia del diálogo¹² en clara conexión con la primera. Ha sido el vehículo que ha posibilitado asentar la herramienta jurídica para proteger los estándares más elevados de derechos humanos de conformidad con el marco internacional. Pero para ello es necesario acotar en que consiste el diálogo judicial, no debiendo confundirse con la mera cita de la jurisprudencia de otros tribunales. Sería el debate de ideas o razonamientos en la perspectiva de la resolución del conflicto¹³. Desde otro punto de vista, el ejercicio del control de convencionalidad refuerza el diálogo¹⁴ puesto que obliga al juez nacional a razonar conforme a la norma internacional y en sintonía con los órganos internacionales, como muestra la experiencia latinoamericana.

Al margen del diálogo y de la construcción jurisprudencial se trata del deber de adecuación del derecho interno al derecho internacional tal y como se desprende de los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena¹⁵. Más adelante se aborda la recepción de la norma internacional desde la óptica de nuestra Constitución.

¹⁰ GARCÍA MURCIA, Joaquín. La legislación laboral internacional: mandato y función de la organización internacional del trabajo. *Documentación Laboral. Revista de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Madrid, Cinca, 1,116, 2019, pp. 9-16.

¹¹ SAGÜES, Néstor Pedro, el “control de convencionalidad” en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo. En: FERRER MAC GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCÍA, Alfonso (coords.). *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, México: Tirant Lo Blanch, 2013, pp. 993-1030.

¹² DE FIGUEIREDO CALDAS, Roberto. Estructura y funcionamiento del sistema interamericano de derechos humanos: sus herramientas para un efectivo diálogo judicial. En: SAIZ ARNAIZ, Alejandro (dir.), SOLANES MULLOR, Joan y ROA ROA, Jorge Ernesto (coords.), *Diálogos judiciales en el sistema interamericano de derechos humanos*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017, pp. 45-62.

¹³ DIAZ CREGO, María, Diálogo judicial. *Eunomía, Revista de la Cultura de la Legalidad*. Getafe (Madrid), nº 9, octubre 2015-marzo 2016, 2015, pp. 289-299.

¹⁴ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. El control judicial interno de convencionalidad. En *IUS: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*. México, Vol.28, julio-diciembre, 2011, pp. 129.

¹⁵ TORRES ZUÑIGA, Natalia. Control de normas constitucionales por la Corte Interamericana de derechos humanos: subsidiariedad, deferencia e impacto en la teoría del cambio constitucional. En: SAIZ ARNAIZ, Alejandro (dir.), SOLANES MULLOR,

El panorama interamericano sobre el control de convencionalidad sigue en constante desarrollo. La sentencia pionera se produjo en el caso Almonacid Arellano y otros contra Chile¹⁶ en el que se discutió el decreto de amnistía del Gobierno del General Pinochet que amparó sus crímenes, entre otros el del señor Almonacid. Para la Corte, el control de convencionalidad ha de ser ejercido por el poder judicial cuando afecta a la Convención Americana de Derechos Humanos, otorgando la protección establecida en la misma cuando las leyes nacionales la niegan. El siguiente matiz que se añade es que el control de convencionalidad ha de ser ejercido de oficio por el Poder Judicial¹⁷. Más adelante, se precisa que debe abarcar hasta la propia Constitución rectora del ordenamiento de cada Estado¹⁸. Completando los elementos del control de convencionalidad no solo implica la inaplicación de la norma interna sino de interpretación de las normas nacionales conforme¹⁹ a la Convención Americana de Derechos Humanos²⁰. Como se puede ver su extensión progresiva conecta con la protección multinivel de los derechos humanos.

El vigor del Sistema Interamericano de Derechos Humanos se mantiene en la actualidad, lo que demuestra la reciente sentencia de la Corte Interamericana, caso Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio y sus familiares vs. Brasil²¹. En este asunto, la Corte comprueba que Brasil no tomó las medidas adecuadas en relación con la seguridad y salud de los trabajadores, la protección de la infancia ante el trabajo infantil o las debidas garantías en el procedimiento y la tutela judicial efectiva en las distintas vías que se abrieron en el plano interno. Lo interesante es que la Corte declara violada la Convención Americana de Derechos Humanos en una serie de preceptos integrando los estándares internacionales que emanan del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los convenios de la OIT, los comités de Naciones Unidas, etc.

IV. El encaje del control de convencionalidad en nuestro ordenamiento jurídico

El control de convencionalidad presenta una serie de dificultades cuando aterriza en nuestro sistema legal. Se ha venido a precisar que nuestro ordenamiento no comprende unos mecanismos procesales expresos para utilizarlo lo que incide en la renuencia del juez ordinario a su ejercicio²². Sin embargo, existen vías jurídicas solventes que emanan de la propia Constitución para asegurar los estándares internacionales por esta vía.

Como balance previo en relación con el marco comparado interamericano respecto a España, la situación aun es insatisfactoria. El estado de la cuestión en nuestra jurisprudencia muestra que

Joan y ROA ROA, Jorge Ernesto (coords.), *Diálogos judiciales en el sistema interamericano de derechos humanos*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017. p. 90-126.

¹⁶ Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de septiembre de 2006, Caso Almonacid Arellano y otros contra Chile. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf [consulta: marzo 2021].

¹⁷ Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de noviembre de 2006. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf [consulta: marzo 2021].

¹⁸ Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de diciembre de 2007, Caso Boyce y otros vs. Barbados. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_169_esp.pdf [consulta: marzo 2021].

¹⁹ DE FIGUEIREDO CALDAS, Roberto. 2017, op., cit., p. 56.

²⁰ Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos de 23 de noviembre de 2009, Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. Disponible en [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf) [consulta: 31 de marzo de 2021]

²¹ Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos de 15 de julio de 2020. Caso Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesús y sus familiares vs. Brasil. En este asunto se aborda las medidas de reparación tomadas por el Estado hacía las víctimas y sus familiares ante el incendio de la Fábrica que provocó la muerte de 60 personas entre las que se encontraban 19 niñas y un niño así como múltiples heridos. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_407_esp.pdf [consulta: 31 de marzo de 2021]

²² NUEVO LÓPEZ, Pablo. Control de convencionalidad y aplicación judicial de los derechos fundamentales de la Unión Europea. *Revista catalana de dret públic*. Barcelona, 50, 2015, pp. 141-160.

pese a que se están consiguiendo progresos, la situación está lejos de ser armónica con el control. Respecto al diálogo con los órganos internacionales, se observan importantes déficits puesto que más allá de la articulación de cuestiones prejudiciales con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no se aprecia que esté asumido un debate abierto con los órganos principales que interpretan la norma internacional del trabajo: El Comité Europeo de los Derechos Sociales y los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo.

No se puede olvidar que la norma internacional interactúa en dos planos; desde el artículo 10. 2 de la Constitución española como canon hermenéutico en la interpretación de nuestros derechos fundamentales y libertades y desde el control de convencionalidad por el artículo 96 de la Constitución española.

Si bien existía un debate sobre la prelación entre la norma internacional y la ley, con posiciones de la doctrina que defendían la igualdad entre ambas²³ e incluso la necesidad de acudir a una cuestión de inconstitucionalidad en casos de conflicto²⁴ ha quedado aclarado con la aprobación de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales que reafirma el carácter supralegal de los tratados. El artículo 31 de dicha norma vigoriza la prevalencia de la norma internacional sobre la interna²⁵ al margen de la propia norma constitucional configurada como suprema en el ordenamiento. Asimismo el artículo 35 fija el control de convencionalidad al entender que en la interpretación de los tratados se realizará conforme a las normas de las organizaciones internacionales²⁶. Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico se observa que se encuentra huérfano de tratamiento científico²⁷ lo que dificulta la expansión de su conocimiento e implantación. En este punto la formación jurídica internacionalista y desde los derechos humanos se muestra necesaria tal y como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales le requirió a España²⁸.

No obstante, la doctrina sigue dividida sobre la pertinencia del control de convencionalidad. La posición favorable al mismo postula que procede de la Carta Magna y que sirve para vigorizar las fuentes y la propia Constitución. No ejercer el control, supone situar al Estado desde el incumplimiento con el Derecho internacional²⁹. Este sector conecta el principio de jerarquía normativa del artículo 9.3 de la Constitución en relación con el artículo 96 en la prevalencia de la norma internacional sobre la interna.

Sin embargo, otros sectores de la doctrina denuncian cierta confusión con el uso de esta técnica. Ello es así puesto que plantean que el control de convencionalidad extrapola la primacía del Derecho de la Unión Europea siendo marcos distintos. El comunitario es un orden de aplicación directa como sistema autónomo a diferencia del Derecho internacional del trabajo que proviene

²³ GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, *Constitucionalismo multinivel: derechos fundamentales*. Madrid, Sanz y Torres, 2018.

²⁴ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Carta Social europea y reforma laboral española. *Trabajo y Derecho*. Las Rozas (Madrid), 15, 2016, pp. 18-44.

²⁵ DIEZ-HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, Javier, Artículo 31. Prevalencia de los tratados, En: ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA Paz Andrés, DIEZ-HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, Javier y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José (dirs.), *Comentarios a la ley de tratados y otros acuerdos internacionales*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2015, pp. 575-587.

²⁶ PRECIADO DOMENECH, Carlos Hugo, *Interpretación de los Derechos Humanos y los Derechos Fundamentales*. Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2016.

²⁷ JIMENA QUESADA, Luis, *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*. Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2013, p. 25.

²⁸ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España (E/C.12/ESP/CO/6, 25 de abril de 2018). Disponible en https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fESP%2fCO%2f6&Lang=en [consulta: 31 de marzo de 2021].

²⁹ Defienden estas posiciones autores como JIMENA QUESADA, Luis, 2013, op.cit, SALCEDO BELTRÁN, Carmen, De nuevo sobre el periodo de prueba tras la doctrina del Tribunal Constitucional: el necesario respeto a las normas internacionales (a propósito de la SJS n.º 3 de Barcelona de 5 de noviembre de 2014). *Revista de Derecho Social*. Albacete, Bomarzo, 68, 2014, pp. 143-160 o GUAMÁN HERNÁNDEZ, Adoración. Los desencuentros entre el Tribunal Constitucional y las normas internacionales del trabajo a propósito de la ley 3/2012 (sobre el derecho al trabajo y las SSTC 119/2014 y 8/2015). *Revista de Derecho Social*, Albacete, Bomarzo, nº 70, 2015, pp. 149-172, entre otros.

de los tratados y se integran en nuestro ordenamiento jurídico. En esta crítica se aconseja agotar la interpretación conforme más que activar la inaplicación de la norma interna. Se aboga en todo caso por ejercer el control concentrado desde el Tribunal Constitucional por seguridad jurídica que dispersarlo entre los órganos judiciales³⁰. A esto último se ha venido a discrepar, puesto que el control difuso asegura un mejor uso del control de convencionalidad que su concentración en un único órgano por los hipotéticos peligros de manipulación³¹.

Del debate presentado es pertinente resaltar que el propio control de convencionalidad tiene un perfil subsidiario y complementario. Su intervención se reserva a los casos explícitos en que no es posible salvar la norma interna con una interpretación acorde a la norma internacional. Es el caso del ya extinto contrato de apoyo a los emprendedores donde su regulación confrontaba con el artículo 4.4 de la Carta Social Europea que impone el derecho al preaviso razonable o la causalidad en la extinción del contrato de trabajo que mandata el artículo 4 del Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo.

Se da la paradoja que el mecanismo del artículo 10.2 de la Constitución española ha funcionado razonablemente bien y en cambio la utilización del artículo 96 de nuestra norma suprema ha sido prácticamente inédita. No por casualidad, se ha llegado a defender que la interpretación del texto constitucional se encuentra en un proceso de internacionalización³² o que el canon hermenéutico sirve como complemento y enriquecimiento del mecanismo del artículo 96 de la Constitución³³. Esto explicita que el control de constitucionalidad respecto al marco internacional se encuentra perfectamente engrasado en contraste con el control de convencionalidad, como se verá a continuación.

El problema radica en el papel del Tribunal Constitucional sobre su interpretación de la fuente internacional en sus sentencias 119/2014 y 8/2015. Elementos centrales de la reforma laboral de 2012 confrontaban con criterios consolidados de fuente internacional. En tal sentido, el Tribunal Constitucional ha venido a desechar el estándar internacional. Primero, planteando que la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones se manifiesta con que el contrato de apoyo a los emprendedores no es contrario al Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo cuando el órgano se pronunció en el sentido que no tenía elementos suficientes para decantarse en un sentido o en otro. En cambio se omite que ese órgano de la Organización Internacional del Trabajo planteó que una regulación que promueve una extinción generalizada sin causa era contraria a dicha norma internacional³⁴. Segundo, obviando posiciones firmes sobre arbitraje, libertad sindical y negociación colectiva de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y del Comité de Libertad Sindical³⁵. Tercero, en la segunda sentencia del Tribunal Constitucional, el Comité Europeo de Derechos Sociales ya se había pronunciado declarando el contrato de apoyo a los emprendedores contrario a la Carta Social Europea³⁶. Ante esta devalua-

³⁰ Representa esta posición CANOSA USERA, Raúl, *El control de convencionalidad*. Cizur Menor, Aranzadi, 2015.

³¹ PRECIADO DOMENECH, Carlos Hugo, *Teoría general de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo*. Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2018.

³² PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco. 2016. *El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional: una relación fructífera*. Ponencia presentada en la Conferencia Internacional: los retos y las perspectivas de la justicia constitucional contemporánea, San Petersburgo. En [www.tribunalconstitucional.es](https://www.tribunalconstitucional.es/ActividadesDocumentos/2016-05-17-00-00/Ponencia%20del%20Presidente%20del%20Tribunal%20Constitucional.pdf). Disponible en <https://www.tribunalconstitucional.es/ActividadesDocumentos/2016-05-17-00-00/Ponencia%20del%20Presidente%20del%20Tribunal%20Constitucional.pdf> [consultado: 9 de abril de 2021].

³³ MARTINEZ MORENO, Carolina, El marco internacional para la tutela de los derechos laborales. *Lex Social: Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, 6 (1), 2016, p. 108.

³⁴ Informe de la CEACR, 2014, presentada en la 321 reunión del Consejo de Administración de la OIT de 13 de junio de 2014. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_247068.pdf

³⁵ Véase los casos 2918 y 2947 resueltos por el Comité de Libertad Sindical.

³⁶ COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES 2014. Conclusiones XX-3, de 5 de diciembre de 2014. Disponible en <https://hudoc.esc.coe.int/eng#%7B%22sort%22:%5B%22ESCPublicationDate%20Descending%22%2C%22ESCDIdentifier%22:%5B%22XX-3/def/ESP/4/4/EN%22%7D> [consultado: 9 de abril de 2021].

ción de la protección constitucional, la doctrina científica se ha pronunciado por señalar la excesiva politización del Tribunal Constitucional,³⁷ hasta el cuestionamiento de su posición cuando ignora o se sitúa en contra de los órganos de control de los tratados que firma España³⁸. En definitiva, el Tribunal Constitucional al haber rechazado utilizar el canon internacional para declarar la inconstitucionalidad de la norma ha provocado que la tutela de los derechos se haya ejercido desde el juez ordinario utilizando el control de convencionalidad³⁹.

No obstante lo anterior, el Tribunal Constitucional en su sentencia de 20 de diciembre de 2018⁴⁰ ha venido a marcar un punto de inflexión a favor del control de convencionalidad. Esta resolución descarta que exista un modelo de jurisdicción universal en nuestra Constitución para al mismo tiempo explicitar la necesidad del control en cuanto al canon internacional por el juez ordinario. Como se ha puesto de relieve nunca el Tribunal Constitucional se había pronunciado de forma más abierta y expresa a favor del control de convencionalidad⁴¹. Esta sentencia ha sido criticada por sectores de la doctrina al estimar que erróneamente se extrapola el paradigma jurídico interamericano cuando este no se pronuncia por el control difuso o el concentrado y que se ha producido, al pie de esta resolución, el aumento del parámetro de control de las leyes más allá de la Constitución y el bloque de constitucionalidad desde el marco internacional⁴². No obstante, no se puede olvidar la experiencia positiva en la aplicación del control de convencionalidad por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y lo preceptuado en el artículo 96 de la Constitución Española con el desarrollo dado por la Ley 25/2014, por lo que si el Tribunal Constitucional rehúsa dicho control, el mismo ha de ser cumplido por el juez ordinario. Es por ello que el control de convencionalidad vigoriza el control de constitucionalidad ya que este último siempre puede ser ejercido ante una aplicación incorrecta del control de convencionalidad por el juez ordinario o a su vez por el rechazo a ejercer el control siempre que se lesione un derecho fundamental, debiendo recordar que en nuestro modelo la tutela inmediata de los derechos fundamentales no lo ejerce el Tribunal Constitucional, lo que por otro lado sería inviable, sino que es competencia del juez ordinario que también ha de tener en cuenta al control de convencionalidad⁴³.

V. El alcance de las resoluciones de los órganos de control

Otro de los argumentos que han servido para tratar de aminorar la influencia de la norma internacional ha sido caracterizar como no vinculantes las resoluciones de los órganos de control. Conviene precisar si esta posición es correcta o no. La norma internacional tiene como uno de sus rasgos la generalidad para adaptarse a las distintas realidades domésticas, lo que hace que los órganos de control con sus informes y resoluciones ajusten la norma a la realidad de cada país, lo que coadyuva a su aplicación en particular⁴⁴.

³⁷ GUAMÁN HERNÁNDEZ, Adoración, Los desencuentros entre el Tribunal Constitucional y las normas internacionales del trabajo a propósito de la ley 3/2012 (sobre el derecho al trabajo y las SSTC 119/2014 y 8/2015. *Revista de Derecho Social*. Albacete, Bomarzo, nº 70, 2015, p. 171.

³⁸ GUAMÁN HERNÁNDEZ, Adoración. 2015, op.cit., p. 159.

³⁹ FONDEVILA MARÓN, Manuel, El control de convencionalidad por los jueces y tribunales españoles: a propósito de la STC 140/2018, de 20 de diciembre. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. 23(2), 2019, pp. 439-458.

⁴⁰ STC 140/2018 de 20 de diciembre.

⁴¹ JIMENA QUESADA, Luis. La consagración del control de convencionalidad por la jurisdicción constitucional en España y su impacto en materia de derechos sociolaborales (comentario a la STC 140/2018, de 20 de diciembre). *Revista General de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social*, 53, 2019, pp. 435-461.

⁴² ALONSO GARCÍA, Ricardo, El control de convencionalidad: cinco interrogantes. *Revista Española de Derecho Constitucional*. 119, 2020, pp. 13-51.

⁴³ FONDEVILA MARÓN, Manuel. 2019, op. cit.

⁴⁴ GONZÁLEZ DE RIVERA I SERRA, Xavier, 2015. *Conversaciones sobre la norma internacional y la norma interna: la aplicación por los órganos judiciales*. XXVI Jornadas catalanas de derecho del trabajo: los derechos laborales desde la perspectiva de la teoría

A mi entender la tesis de aquellos sectores de la doctrina que plantean que las resoluciones de los órganos de control de los tratados internacionales son jurisprudencia en sentido material es acertada. Si bien no es jurisprudencia en sentido estricto su interpretación ha de ser atendida por los tribunales. Ello es así por una serie de motivos: En primer lugar, porque se trata de la voz de los tratados según impone el artículo 31 del Convenio de Viena. En segundo lugar, porque así lo reproduce la Ley 25/2014 de Tratados y otros Acuerdos Internacionales en su artículo 35. En tercer lugar, puesto que aunque no sean tribunales en un sentido estricto, en tanto en cuanto sus resoluciones son reproducidas en las sentencias se incorporan como jurisprudencia en el plano interno⁴⁵.

Además, las resoluciones de estos órganos gozan de una importante autoridad. Las de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y las del Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo sirvieron para acompañar y definir el proceso por la democracia en España hasta la propia implantación del modelo democrático de relaciones laborales. Por su parte, el Comité Europeo de Derechos Sociales ha cobrado una mayor relevancia con las resoluciones e informes tomados al calor de la crisis financiera de 2008.

En cuanto a la situación respecto a la todavía no ratificada Carta Social Europea revisada de 1996 conviene realizar una serie de precisiones. La cuestión controvertida radica en la no ratificación por España del sistema de reclamaciones colectivas que incorpora tanto dicha versión de la Carta como el protocolo anterior de 1995, aunque esto está cerca de cambiar⁴⁶. Hasta la fecha la única intervención que tiene el Comité Europeo de Derechos Sociales sobre nuestro país es desde los informes periódicos que chequea los derechos ratificados por el Estado. Aun así, las resoluciones sobre otros países que se pronuncian sobre derechos que están ratificados por España si son vinculantes para nuestra jurisprudencia. Más discutible es este mismo efecto sobre la Carta Social Europea no ratificada por nuestro país, precisamente por el mismo derecho de los tratados al que nos dirigimos para defender la prevalencia del Derecho internacional sobre los contenidos si ratificados por España.

VI. La interacción del Derecho internacional del trabajo con el Derecho de la Unión Europea

No es objeto de este artículo abordar a fondo la extensa y compleja cuestión del Derecho de la Unión Europea, no obstante conviene situar la problemática ligada a su colisión con el Derecho internacional del trabajo. Esto ha sucedido con la libertad de empresa y la libre competencia en confrontación con el derecho a la libertad sindical y las acciones de conflicto en defensa de los derechos de los trabajadores en el ámbito de otros países de la Unión⁴⁷.

general del contrato y de la normativa internacional. En: www.iuslabor.org. Disponible en <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:dnCdLNRZ-JMJ:www.iuslabor.org/wp-content/plugins/download-monitor/download.php%3Fid%3D317+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=es&client=firefox-b-d> [consulta: 9 de abril de 2021].

⁴⁵ GUAMÁN HERNÁNDEZ, Adoración y NOGUERA FERNÁNDEZ, Albert, *Derechos sociales, integración económica y medidas de austeridad. La UE contra el constitucionalismo social*. Albacete, Bomarzo, 2014.

⁴⁶ El Gobierno de España ha comunicado recientemente que ha iniciado los trámites para la ratificación de la Carta Social Europea Revisada, incluyendo el sistema de reclamaciones colectivas, debiéndose cumplir todo el recorrido parlamentario para su publicación en el BOE y que se integre por fin en nuestro ordenamiento. Disponible en http://www.exteriores.gob.es/RepresentacionesPermanentes/ConsejodeEuropa/es/Noticias/Paginas/Articulos/20210204_NOT1.aspx. [Consulta: 11 de abril de 2021]

⁴⁷ Se trata de los conocidos asuntos Viking, Laval y Ruffert que han sido analizados por diversos autores. Véase BAYLOS GRAU, Antonio, Derecho de huelga y medidas de conflicto. En: CASAS BAAMONDE, María Emilia y GIL ALBURQUERQUE, Román (dirs.), GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio, GÓMEZ GARCÍA-BERNAL, Adriano y SEMPERE NAVARRO, Antonio (coords.). *Derecho Social de la Unión Europea: aplicación por el Tribunal de Justicia*, Madrid, Francis Lefebvre, 2018, pp. 1157-1179. CABRERA RODRÍGUEZ, José, Derechos fundamentales y libertades económicas en el ordenamiento comunitario: la jurisprudencia Viking y Laval. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 99, 2013, pp. 371-428 y GUAMÁN HERNÁNDEZ, Adoración y NOGUERA FERNÁNDEZ, Albert. 2014, op. cit.

Desde los ojos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea la doctrina Melloni supuso la no aplicación del estándar más alto de los derechos cuando afecta al principio de primacía del Derecho comunitario lo que es criticable al ser un planteamiento contrario a una visión de protección integral de los derechos humanos⁴⁸. Esta doctrina no debe llevar a que desde el plano interno prevalezca el Derecho comunitario sobre otros textos internacionales puesto que no existe jerarquía entre ambos⁴⁹. A esto se le agregan una serie de argumentos para justificar esta idea.

El Derecho de la UE y el Derecho internacional del trabajo emanan ambos de fuente supranacional. La integración de la Unión Europea se inserta a través de los artículos 93 y 94 de la Constitución española por la cesión de competencia de nuestro país en dicho proceso y tiene prevalencia en el derecho que procede de sus propias competencias comunitarias. Los textos del Derecho internacional del trabajo y la interpretación de sus órganos de control tienen prevalencia también desde el derecho interno por el artículo 96 CE. En este paralelismo, el Tribunal Constitucional en su declaración 1/2004⁵⁰ se decantó porque el Derecho de la UE no se relaciona con el ordenamiento desde la supremacía que queda reservada para la Constitución. En definitiva la lógica del principio de primacía no deja de ser la misma que la del control de convencionalidad de la norma internacional puesto que ambas vienen a ser la expresión lógica de la Convención de Viena⁵¹ sobre la aplicación y respeto al contenido de los tratados. No obstante hay autores que mantienen que prima el principio de primacía por lo que para depurar el conflicto habría que plantear cuestión prejudicial ante el TJUE⁵².

Aquí se presenta el problema; la Constitución no ha articulado una solución expresa a la colisión entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho internacional del trabajo⁵³. Cuando se produce el conflicto entre estas fuentes, las mismas ocupan el mismo rango en el sistema, puesto que no existe jerarquía entre las normas de la Unión Europea y las que emanan del Consejo de Europa⁵⁴ o de la Organización Internacional del Trabajo. Es por esto que, en este caso, la resolución del conflicto ha de ser salvando el estándar más alto o la norma más favorable por una serie de razones. En primer lugar, por el carácter tuitivo que reviste al ordenamiento laboral, lo que llevaría a rechazar una lógica que implicaría reducir el estándar de protección para los trabajadores. En segundo lugar por la propia indivisibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales y la protección multinivel de los mismos que proceden de las fuentes internacionales lo que hace que se opte por el enfoque más alto de los derechos. En tercer lugar y en relación con lo anterior, sería la plasmación de la cláusula de mínimo mejorable o principio *favor libertatis* que se encuentra en el artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, el artículo 53 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el artículo 53 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el artículo 32 de la Carta Social Europea originaria.⁵⁵ Todos estos artículos tienen una redacción muy similar en la búsqueda de la protección del estándar más alto, lo que debe llevar a que la resolución de un conflicto

⁴⁸ PRECIADO DOMENECH, Carlos Hugo. 2018, op. cit.

⁴⁹ SALCEDO BELTRÁN, Carmen, Reformas adoptadas frente a la crisis económica y Carta Social Europea. En: ALFONSO MELLADO, Carlos Luis, JIMENA QUESADA, Luis y SALCEDO BELTRÁN, Carmen, *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales frente a la crisis económica*. Albacete, Bomarzo, 2014, pp. 97- 238.

⁵⁰ Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004 de 13 de diciembre.

⁵¹ JIMENA QUESADA, Luis, *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*. Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2013, p. 25.

⁵² FONDEVILA MARÓN, Manuel. 2019, op. cit.

⁵³ GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar, Vínculos y relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho de la Unión Europea en el marco del ordenamiento español. *Revista Aranzadi Doctrinal*. 7, 2017, p. 211.

⁵⁴ SALCEDO BELTRÁN, C. 2014, op. cit.

⁵⁵ PRECIADO DOMÈNECH, Carlos Hugo, *Teoría general de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo*. Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2018, p. 275.

que se produzca en nuestro ordenamiento jurídico la salida sea opuesta a la conocida en los asuntos Viking, Laval y Rüffert.

VII. El control de convencionalidad tras la reforma laboral de 2012

En España dicho control ha tenido un recorrido limitado y su introducción es reciente. Se puede focalizar su incorporación efectiva como reacción a los efectos lesivos de la reforma laboral de 2012, fundamentalmente entre la colisión de la libertad de empresa y el derecho al trabajo en su dimensión de estabilidad en el empleo, ante la interpretación controvertida que de la misma ha hecho nuestro Tribunal Constitucional en sus sentencias 119/2014 y 8/2015. El Tribunal Constitucional en dichas resoluciones se ha situado en contra del estándar más alto europeo, lo que no ha impedido que ciertos órganos judiciales hayan seguido ejerciendo el control de convencionalidad⁵⁶. El punto de conflicto principal se situó en torno a la figura del contrato de apoyo a los emprendedores aprobado con la Ley 3/2012 por su periodo de prueba de un año lo que conllevaba la extinción sin causa y la falta de indemnización en ese plazo. Ante esta regulación interna, que confrontaba con el artículo 4 del Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo y con el artículo 4.4 de la Carta Social Europea, se sucedieron una serie de sentencias de los Juzgados de lo Social que ejercieron el control de convencionalidad⁵⁷ y que se vieron revocadas por la doctrina de suplicación⁵⁸. En este aspecto se ha precisado que el control de convencionalidad no vulnera el canon comunitario puesto que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se declaró incompetente para verificar la adecuación de dicho contrato con el Derecho comunitario en el asunto *Nisttahuz Poclava* C117/14⁵⁹, sentencia de 5 de febrero de 2015⁶⁰.

Los argumentos contrarios al control de convencionalidad reproducidos en la doctrina de suplicación se pueden resumir en los siguientes: el carácter meramente programático o no ejecutivo de la norma internacional, la consideración de no jurisprudencia de las resoluciones de los órganos de control o la no ratificación de la Carta Social Europea revisada y el peso de las resoluciones del Tribunal Constitucional avalando la constitucionalidad de la ley 3/2012.

Las perspectivas para el ejercicio del control de convencionalidad eran escasas a la vista de la doctrina de suplicación citada. Sin embargo, una serie de sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Canarias⁶¹ rescatan el uso del control de convencionalidad aplicando el artículo 4.4 de la Carta Social Europea e inaplicando el artículo 4.3 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas

⁵⁶ JIMENA QUESADA, Luis, El control de convencionalidad y los derechos sociales: nuevos desafíos en España y en el ámbito comparado europeo (Francia, Italia y Portugal). *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. 22, 2018, p. 31-58.

⁵⁷ Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Barcelona 412/2013 de 19 de noviembre (procedimiento núm. 1037/2016), sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Barcelona 352/2014 de 5 de noviembre (procedimiento núm. 116/2014), sentencias del Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona; la 339/2013 de 19 de noviembre (procedimiento núm. 398/2013), la de 9 de noviembre de 2015 (procedimiento núm. 162/2015) y la 472/2016 de 23 de diciembre (procedimiento núm. 1219/2014), Juzgado de lo Social núm. 1 de Tarragona 179/2014 de 2 de abril (procedimiento núm. 1043/2013), Juzgado de lo Social núm. 1 de Mataró 144/2014 de 29 de abril (procedimiento núm. 492/2013), Juzgado de lo Social núm. 1 de Toledo 667/2014 de 27 de noviembre (procedimiento núm. 536/2014), Juzgado de lo Social núm. 26 de Barcelona de 12 de marzo de 2018 (procedimiento núm. 1037/2016) y Juzgado de lo Social de Talavera de la Reina 152/2018 de 29 de junio (procedimiento núm. 109/2018).

⁵⁸ Se puede destacar la sentencia del TSJ de Cataluña 4090/2015 de 22 de junio (R° 134/2015) que ha servido como una resolución muy reiterada por otros TSJ para negar el control de convencionalidad. Esta sentencia tiene un voto particular que firma el magistrado Carlos Hugo Preciado y al que se adhirieron 8 magistrados más, que aboga por el control de convencionalidad con una fundamentación sólida y extensa.

⁵⁹ JIMENA QUESADA, Luis, 2018, op. cit.

⁶⁰ STJUE de 5 de febrero de 2015 (asunto C-117/14, Caso Nisttahuz Poclava y Ariza Toledano contra España)

⁶¹ STSJ de las Islas Canarias con sede en Las Palmas, 30/2016 de 28 de enero (R° 581/2015) y 73/2017 de 31 de enero (R° 1300/2016)

urgentes para la reforma del mercado laboral, interpretando que el efecto de la aplicación de la norma internacional en la extinción del contrato de apoyo a los emprendedores durante el periodo de prueba es el pago del preaviso⁶². Estas sentencias coinciden en que se trata de respetar el principio de jerarquía normativa en la prevalencia de la norma internacional donde se integran los informes del Comité Europeo de Derechos Sociales, no dudando del carácter *self executing* de dicho precepto de la Carta Social Europea. Para este Tribunal Superior de Justicia, la Carta Social Europea es un tratado en toda regla lo que implica que se respete su carácter suprallegal y los informes y resoluciones del Comité Europeo de Derechos Sociales son jurisprudencia que ha de ser respetada por nuestros órganos judiciales internos. Como razona el tribunal es el propio artículo 29 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, la que impone el respeto de las obligaciones de los tratados por todos los poderes públicos, órganos y organismos del Estado.

Aparcado el debate sobre el contrato de apoyo a los emprendedores al haber sido derogado, las siguientes sentencias muestran la incomodidad con nuestro actual estado de la legislación a raíz de la reforma laboral de 2012 con el modelo constitucional de relaciones laborales. En concreto se observa el planteamiento del control de convencionalidad respecto del despido por absentismo y el despido sin causa.

Comenzando por el despido objetivo por absentismo es trascendental la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 14 de enero de 2020⁶³ que ejerce el control de convencionalidad de forma amplia ante un caso donde se discutía un despido por absentismo con anterioridad a que el Gobierno de España derogara el artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores. La sentencia de instancia desestimó la demanda del trabajador, al entender ajustado a derecho el despido por bajas justificadas de carácter corto e intermitente. El Tribunal Superior de Justicia opera con la técnica de control basada en verificar si la redacción del artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores era conforme con el Derecho internacional del trabajo. De la sentencia se desprende que el uso de la norma internacional se realiza de oficio, puesto que no consta que fuera invocada por la parte. En tal sentido, el tribunal entiende que el control de constitucionalidad ya lo ha acometido el Tribunal Constitucional y se trata de ejercer el control de legalidad conforme al artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Un primer escollo que salva esta resolución es que el Tribunal Constitucional en la referida sentencia 118/2019 se pronuncia en el sentido que el artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores es conforme con el artículo 6 del Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo⁶⁴. Para el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya esta es una consideración *obiter dicta* no encontrándose vinculado por la misma. Tras aplicar dicho filtro se determina que nuestra norma nacional recoge un nivel de protección inferior al estándar internacional en cuanto a la extinción del despido por IT/enfermedad, en materia de seguridad y salud de los trabajadores y en cuestión de género. En la lectura de esta extensa sentencia se percibe la visión de la interdependencia y la indivisibilidad de los derechos humanos para alcanzar estas conclusiones. En la combinación de la aplicación del canon hermenéutico y del control de convencionalidad, el tribunal entiende que la Carta Social Europea revisada aun no ratificada por España supone una indudable exégesis para la interpretación de nuestra normativa. En consecuencia el tribunal falla la improcedencia del despido por absentismo al contravenir la norma internacional.

Esta sentencia no ha estado exenta de crítica habiendo sido tildada de imprudente, fundamentalmente por dos motivos. El primero, por su interpretación del artículo 6.1 del Convenio 158 de la OIT abiertamente contraria a lo dicho por el Tribunal Constitucional en la referida sentencia

⁶² Recuérdese que la norma supranacional europea establece el derecho a un plazo de preaviso razonable ante la terminación de la relación laboral y no la declaración de despido improcedente.

⁶³ STSJ de Cataluña 274/2020 de 14 de enero (R° 5532/2019)

⁶⁴ Este artículo establece que la ausencia temporal del puesto de trabajo no será causa para terminar la relación laboral.

118/2019 y el segundo, por su uso del artículo 24 de la Carta Social Europea revisada aun no ratificada por España.⁶⁵

En cuanto a los supuestos de despido sin causa el Juzgado de lo Social 34 de Madrid se está pronunciando a favor del control de convencionalidad. La sentencia de 21 de febrero de 2020⁶⁶ versa sobre un despido en el que consta acreditado que el mismo fue sin causa real. Es una resolución que utiliza la sustancial identidad de la regulación contenida en el Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo con la Carta Social Europea Revisada para aplicar las resoluciones del Comité Europeo de Derechos Sociales en asuntos sobre Finlandia e Italia⁶⁷ cuyo nexo común es el derecho de los trabajadores a gozar de una indemnización apropiada cuando se produzca un despido sin causa/motivo válido y activar una compensación adecuada en reparación de los despidos. En el razonamiento se concluye que nuestra regulación del despido es contraria al marco internacional. En consecuencia dicta la nulidad del despido y utiliza la reparación que comprende el artículo 10 del Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo para asignar una indemnización como disuasoria a la conducta empresarial y por ello añadida a la tasada en el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores. En esta resolución llama la atención que se argumente que el Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo no tiene interprete auténtico para acudir a las resoluciones del Comité Europeo de Derechos Sociales, sobre un texto no ratificado por España aun, cuando el Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones emite informes periódicos sobre el nivel del cumplimiento del convenio conforme a la legislación nacional de los Estados. Por el juzgador no solo se dicta la nulidad del despido en este caso sino que lo hace por la nulidad de nuestra normativa de despido entre otras razones por su falta de acomodación a la norma internacional.

VIII. El control de convencionalidad con la Covid-19

Uno de los elementos clave para que funcione este control es el diálogo judicial, como debate entre órganos de distintos ámbitos. En este sentido, se detecta que se va avanzando en este campo, puesto que las sentencias producidas en este periodo son más ricas en cuanto a su conocimiento de la norma internacional y las resoluciones de otros órganos, entablándose un debate más elevado de la cuestión. En este periodo y retomando la senda de las sentencias analizadas anteriormente se centra el debate en los despidos sin causa, los despidos por las causas relacionadas con la Covid-19 y la posibilidad de la impugnación del despido individual en el marco de un despido colectivo con acuerdo.

Comenzando por la sentencia del Juzgado de lo Social 26 de Barcelona de 31 de julio de 2020⁶⁸, estudia un asunto en el que se ha despedido a un trabajador por causas organizativas en el escenario de la Covid-19. En primer lugar, el juzgador se pronuncia sobre el alcance del artículo 2 del Real Decreto-Ley 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. El criterio de la sentencia en este aspecto es que la redacción de ese precepto no implica la prohibición del despido, como

⁶⁵ ALONSO GARCÍA, Ricardo, El control de convencionalidad: cinco interrogantes. *Revista Española de Derecho Constitucional*. 119, 2020, pp. 13-51.

⁶⁶ Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 34 de Madrid 71/2020 de 21 de febrero de 2020 (procedimiento núm. 843/2019)

⁶⁷ Asunto Finnish Society vs. Finlandia. Reclamación nº 106/2014. Disponible en <http://hudoc.esc.coe.int/eng/?i=cc-106-2014-dad-missandmerits-en> [consulta: 9 de abril de 2021].

Asunto CGIL vs. Italia. Reclamación nº 158/2017. Disponible en <http://hudoc.esc.coe.int/eng/?i=cc-158-2017-dmerits-fr>

⁶⁸ SJS 26 de Barcelona 170/2020 de 31 de julio

han defendido sectores de la doctrina⁶⁹ sino que las causas de fuerza mayor o causas ETOP por el Covid-19 que dan cobertura a los ERTES no serán justificativas de la extinción, siendo la consecuencia la improcedencia y no la nulidad de la extinción. En relación con la causalidad del despido el juzgador acude a la doctrina del despido improcedente por fraudulento que emana del Tribunal Supremo⁷⁰. Lo novedoso de esta sentencia es que aplica el control de convencionalidad sobre las consecuencias del despido improcedente que derivan del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores. A diferencia de la sentencia recién citada del Juzgado de lo Social 34 de Madrid no se cuestiona la validez del régimen legal del despido sino las consecuencias de este en la reparación al trabajador. Para el juez, el Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo impone la causalidad del despido y, en el caso que los efectos del abono de la indemnización no supongan un esfuerzo disuasorio para la empresa acude al artículo 10 del Convenio 158, que permite al órgano judicial ordenar la imposición de una indemnización adecuada cuando llegue a la conclusión que la legislación interna no permite la anulación de la terminación injustificada de la relación laboral. En utilización de la norma internacional el juez, en atención a las circunstancias concurrentes, establece una indemnización adicional conforme al Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo y a lo dicho por el Comité Europeo de Derechos Sociales en las reclamaciones colectivas presentadas contra Italia y Finlandia ya referidas, para resarcir al trabajador con una indemnización de 60.000 € adicionales equivalentes a 9 meses de salario. Esta sentencia consciente de la trascendencia del cumplimiento del canon internacional dio un trámite adicional de alegaciones a las partes sobre este aspecto.

Incluso las resoluciones que no se decantan por la prevalencia de la norma internacional están arrojando un debate sobre nuestro modelo de causalidad en relación con los estándares de fuente internacional. La sentencia 3550/2020 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya⁷¹ es un buen ejemplo de ello. En este caso, la mayoría de los magistrados no aplican el control de convencionalidad. Es un despido sin causa en el que la sentencia de instancia declaró la improcedencia de este. La parte actora recurrió, entre otros motivos, alegando la nulidad de la extinción en base al Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo. La sentencia de suplicación que cuenta con un voto particular que analizo más adelante, pese a que rechaza la nulidad a la luz de la norma internacional, no niega que hay que contrastar la norma internacional con la interna para, en caso de que se observe contradicción, inaplique la norma nacional.

El sentir mayoritario de la Sala, al margen del razonamiento basado en nuestra regulación interna⁷², asume la posibilidad del control de convencionalidad y ejerce el diálogo de la norma internacional con la interna. Esto supone un indudable avance puesto que, aunque se rechaza la existencia de contradicción, no se excluye una hipotética aplicación del control. Para los magistrados que motivan la sentencia entienden que ni el Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo, ni la Carta Social Europea ni la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea ni el Convenio Europeo de Derechos Humanos⁷³ imponen la nulidad por la falta de causalidad

⁶⁹ BAYLOS GRAU, Antonio, 2020. La prórroga del estado de alarma y medidas laborales adicionales de garantía del empleo en la crisis del Covid-19. En: <https://baylos.blogspot.com>. Disponible en <https://baylos.blogspot.com/2020/03/la-prorroga-del-estado-de-alarma-y.html> [Consulta: 9 de abril de 2021].

⁷⁰ STS de 29 de septiembre de 2014 (R^o 3248/2013)

⁷¹ STSJ de Cataluña, de 21 de julio (R^o 4708/2019)

⁷² Basado en la causalidad de nuestro ordenamiento, la nulidad queda reservada para los supuestos de violación de derechos fundamentales y el despido sin causa, incluso fraudulento, lleva como consecuencia la declaración de la improcedencia del despido y no la nulidad de este.

⁷³ El TSJ analiza la STEDH de 10 de julio de 2012 (Núm. no. 19554/11, caso KMC contra Hungría) en el que se denunciaba la lesión del derecho a la defensa ante una legislación que posibilitaba el despido sin causa y donde la carga de la prueba para acreditar que el despido había sido injusto era del trabajador, lo que motivó que el accionante no demandara ante las nulas opciones para el éxito su reclamación. El TEDH en este caso entendió que esta regulación vulneraba el artículo 6.1 del CEDH que garantiza el derecho a un jui-

del despido. Es más sobre el Convenio 158 y la Carta Social Europea, interpretan que las mismas plantean la posibilidad de la indemnización adecuada cuando se despida sin causa; es decir, que se acomodan a nuestra legislación en este aspecto sobre la improcedencia por la falta de causa en la extinción. En definitiva, defienden que para que se declare la nulidad en este tipo de despidos fraudulentos o sin causa se debe emprender una reforma legislativa que pueda dar acomodo a tal previsión.

Sin embargo, existe un voto particular del magistrado Jordi Agustí Maragall al que se adhieren ocho magistrados más, que hace un planteamiento muy solvente sobre el conocimiento de la norma internacional e incluso llama a actualizar la jurisprudencia sobre la institución del despido conforme a la voluntad del legislador tras la reforma de 2012 de reforzar la causalidad con la eliminación del despido exprés, cuestión que no se ha replanteado. El enfoque del voto particular parte de diferenciar dos posturas desde la óptica constitucional: la invocación de la causa del despido como meramente formal o la causalidad como elemento de dimensión constitucional, posición esta última en la que se sitúan.

Desde la norma internacional, la posición minoritaria de la sentencia entiende que el Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo impone la existencia de la causa real, el derecho a la defensa previo al despido disciplinario, el control de la concurrencia de la causa y justificación por órgano judicial neutral y la reparación más adecuada ante el despido injustificado se impide cuando la causa que expresa la carta de despido no es real. En consecuencia, conecta estas garantías con el derecho a la tutela judicial efectiva. En esa indefensión que se le produce a un trabajador que se encuentra ante una carta de despido que consigna una causa ficticia, se realiza una lectura distinta a la posición mayoritaria del fallo en relación con la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de julio de 2012 (KMC c/Hungría), en su interpretación del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, como que la falta de explicitación de la causa de despido vulnera la tutela judicial efectiva. Reforzando el carácter esencial de la causalidad en el despido acuden al artículo 24 de la Carta Social Europea, a las propias resoluciones del Comité Europeo de Derechos Sociales y al artículo 30 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Para el voto particular la causalidad no puede ser un requisito meramente formal por lo dispuesto en los mandatos internacionales y su incumplimiento no cabe ser sancionado únicamente con la improcedencia del despido. En definitiva, el voto particular lamenta que no se haya producido una evolución jurisprudencial para expulsar del ordenamiento el despido sin causa o causa ficticia cuando la propia voluntad del legislador en la reforma de 2012 fue reforzar la causalidad, por los mandatos del Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo y la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de fraude de ley en el despido objetivo.

Otro paso en firme a favor del control de convencionalidad viene de la sentencia 412/2020 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Baleares⁷⁴. En este asunto se discutía por dos trabajadores de forma individual las causas que derivaban de un despido colectivo terminado con acuerdo con los representantes de los trabajadores pero sin posterior impugnación colectiva. Cabe matizar que la autoridad laboral impugnó judicialmente exclusivamente por el fraude de ley en el desarrollo del periodo de consultas, lo que fue desestimado en otro procedimiento al margen. La sentencia de instancia desestimó la demanda amparándose en la sentencia del Tribunal Supremo 699/2018⁷⁵. En esta resolución el Tribunal Supremo, tras una larga fundamentación que se transporta desde la regulación del artículo 124.13 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social hasta la exposición de motivos de la Ley 3/2012 que busca reducir la litigiosidad en el orden social; viene a

cio justo ante un tribunal. Para la mayoría de la Sala esta sentencia no es aplicable a nuestro ordenamiento puesto que el mismo es causal y su ausencia conlleva la calificación del despido como improcedente, contenido regulatorio que no concurre en la legislación húngara.

⁷⁴ STSJ de Islas Baleares, de 18 de noviembre (R° 179/2020).

⁷⁵ STS de 2 de julio de 2018 (R° 2250/2016, Sala de lo Social)

defender que la impugnación individual cuando el Despido Colectivo termina en acuerdo solo cabe cuando concurre fraude, dolo, coacción o abuso de derecho.

Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia de Baleares realiza el control desde la perspectiva internacional. En tal técnica, en primer lugar rechaza que el Derecho de la Unión Europea imponga la posibilidad de cuestionar la existencia de la causa desde el plano individual en estos supuestos. Para la Sala la exigencia de la causa de nuestra regulación interna es una mejora en relación con el Derecho comunitario. A continuación, la Sala acude al Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo para, en primer lugar, precisar que el Tribunal Supremo en la referida sentencia no abordó la cuestión desde esta norma internacional. El criterio de la Sala es discrepante con la interpretación del Alto Tribunal del artículo 124.13 LRJS puesto que lo dispuesto en el Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo impide esa lectura restrictiva. Para la Sala no cabe establecer una presunción de la causa *iure et de iure* sino que, en todo caso, debería ser una presunción *iurus tantum* que posibilite el control de la causa por el órgano neutral, siendo esta la interpretación que casa con el orden internacional.

IX. Conclusiones

El debate sobre el control de convencionalidad sigue más vivo que nunca. Cada vez se detecta una mayor familiaridad y un mayor nivel de motivación de los órganos judiciales a la hora de justificar sus decisiones desde el canon internacional. El avance es innegable puesto que el debate ya ha sido recogido por el TSJ de Canarias, el TSJ de Catalunya y el TSJ de Baleares.

Se echa en falta en la cuestión que la Sala Cuarta del Tribunal Supremo acoja el debate sobre el control de convencionalidad de forma expresa. La Sala Tercera del Tribunal Supremo es un buen ejemplo, puesto que en su sentencia de 17 de julio de 2018⁷⁶ fue contundente en la existencia del control de convencionalidad y del debido cumplimiento a los informes del CEDAW como comité de Naciones Unidas que vincula a España. No se obvia que existen un buen número de resoluciones de la Sala Cuarta que no dudan en que la norma internacional del trabajo se integra en nuestro ordenamiento a través del canon hermenéutico del artículo 10.2 de la Constitución española pero se hace necesario acudir al control de convencionalidad para asegurar el cumplimiento de la norma internacional.

El marco del debate es más amplio que desde el control de convencionalidad en sentido estricto. El voto particular de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de 21 de julio de 2020 viene a conectar la necesaria causalidad como expresión del derecho a la tutela judicial efectiva a la luz de las normas internacionales. Se trata de reforzar la causalidad del despido en nuestra legislación alimentada por la fuente internacional. En este sentido hay que reivindicar este mecanismo junto al canon hermenéutico que vigoriza la Constitución y el sistema de fuentes que lleva aparejado⁷⁷. Aun siendo conscientes de la necesidad de un uso moderado del control de convencionalidad que compete al juez ordinario en la aplicación de la ley aplicable, es un mecanismo de encaje constitucional. Se atisba que crece el debate sobre si la institución del despido y las garantías de defensa y protección para los trabajadores se ajustan al canon internacional tras haberse asentado una regulación derivada de la reforma laboral de 2012 que al eliminar los salarios de tramitación desincentiva en gran medida a los trabajadores la defensa de sus derechos ante la jurisdicción social.

El anuncio de la ratificación de la Carta Social Europea Revisada por España es una buena noticia. En primer lugar, porque supone asumir más derechos de los que nuestro país estaba com-

⁷⁶ STS de 17 de julio de 2018 (Rº 1002/2017, Sala de lo Contencioso-Administrativo)

⁷⁷ Al respecto, JIMENA QUESADA, Luis. 2013, op. cit., p. 28.

prometido. En segundo lugar, porque la ratificación del protocolo de reclamaciones colectivas permite su acceso por parte de las organizaciones sindicales al Comité Europeo de Derechos Sociales para denunciar los casos concretos que puedan ser vulneradores de la Carta⁷⁸.

Son comprensibles y fundados los recelos y los problemas de encaje ante el control de convencionalidad. Sin embargo, es pertinente resaltar que el Derecho comunitario goza de una presunción de conformidad con el Convenio Europeo de Derechos Humanos⁷⁹ y a su vez el otro gran bloque de normativa internacional, el que procede la Organización Internacional del Trabajo, goza de gran respeto en el marco europeo y nacional. Es por esto que, sería interesante abordar la interpretación de dichas fuentes de forma convergente y armonizadora y no desde la contraposición permanente que puede hacer pensar a una relectura de nuestro ordenamiento laboral en gran parte de sus contenidos. En este sentido, es criticable que España no haya ratificado el Protocolo 16 ante el TEDH para en este aspecto poder plantear cuestiones prejudiciales ante este marco, lo que sin duda ayudaría al diálogo y la coordinación entre órganos judiciales.

Para terminar sigue siendo necesario acometer un plan de formación internacionalista desde el plano de los derechos humanos donde la doctrina científica y judicial sigue jugando un papel esencial. No se debe olvidar que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales exigió en sus conclusiones, ya referidas, del año 2018 que se debe acometer urgentemente dicha formación sobre el conocimiento del Pacto en los aplicadores de este en la vía interna y el respeto a los derechos humanos en las empresas. En definitiva un conocimiento mayor de los operadores jurídicos y de la sociedad civil en general en materia de derechos humanos sentará las bases para una mayor armonización de los estándares de derechos, desde el escenario de protección multinivel de los mismos.

⁷⁸ Se trata de un procedimiento complejo y dilatado en el tiempo por lo que es conveniente ser prudentes en este punto, véase BAYLOS GRAU, Antonio, 2020. Sobre la ratificación de la Carta Social Europea revisada y su protocolo adicional. En <https://baylos.blogspot.com>. Disponible en <https://baylos.blogspot.com/2020/11/sobre-la-ratificacion-de-la-carta.html> [consulta: 9 de abril de 2021].

⁷⁹ ONDEVILA MARÓN, Manuel. 2019, op. cit.

**Comentario de la STS de 11 de diciembre de 2020
(R^o 416/2018, Sala de lo Social)
¿Una doctrina legal en vías de extinción?**

Analysis of the STS 11 th December 2020
(R^o 416/2018, Social Court).
An extinted case law?

Elena Pérez Pérez*

Doctora en Derecho

Universidad de Cantabria

ORCID ID: 0000-0003-0898-1213

Recibido: 20/1/2021

Aceptado: 4/5/2021

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2021.6220>

Resumen: La sentencia del Tribunal Supremo comentada analiza la problemática jurídico-laboral derivada de las operaciones de venta de empresas en situación de concurso. La premisa central es que el legislador español ha optado por la aplicación de las garantías de la sucesión de empresa en supuestos de insolvencia empresarial. A partir de ello, se rechaza la extensión de los efectos de la resolución que dicta el juez mercantil y se aplica la responsabilidad solidaria derivada de contratos ya extinguidos. El análisis se realiza a través de las disposiciones legales de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio.

Palabras clave: sucesión de empresa, empresa en concurso

Abstract: The commented ruling of the High Social Court analyzes the legal-labour problems derived from the sale of companies in a situation of insolvency. The central premise is that the Spanish legislator has opted for the application of guarantees of transfer of undertaking in cases of business insolvency. On that basis, the extension of the effects of the decision issued by the commercial judge is rejected and joint and several liability derived from contracts that have already been terminated is applied. The study is carried out through the existing legal provision of the text of the Bankruptcy Law 22/2003, of 9 July.

Keywords: transfer of undertaking, bankrupt company

*elena.perez@poderjudicial.es

1. Cuestión de fondo

1.1. Supuesto de hecho

La sentencia objeto de comentario analiza el despido objetivo de una trabajadora, que acciona tanto frente a su empleadora como frente a la adjudicataria de la unidad productiva en la que prestaba servicios, interesando la responsabilidad solidaria de la misma, en su calidad de sucesora.

La empresa fue declarada en concurso el 20 de noviembre de 2014 y la trabajadora fue despedida, con efectos a fecha de 26 de octubre de 2014.

El 29 de julio de 2015 el juez del concurso adjudicó a la empresa codemandada la unidad productiva en la que había prestado servicios la demandante, declarando que no constituía una sucesión empresarial. Dicha resolución adquirió firmeza.

La sentencia recurrida declara que se produjo una sucesión empresarial e impone la responsabilidad solidaria a la nueva adjudicataria, aun cuando la relación laboral se había extinguido antes de la adquisición.

1.2. Cuestiones objeto de debate

En el recurso de casación se plantean dos motivos.

En el primero de ellos, se denuncia la infracción de los artículos 146 bis, 148 y 149 de la Ley Concursal¹ y de los artículos 3, 4 y 5 de la Directiva 2001/23, del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad².

Como sentencia contradictoria se cita la STSJ de Cataluña, de 19 de febrero de 2016 (Rº 3271/2015). En la misma se considera que no es posible aplicar el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores³—en adelante, ET— cuando el juez del concurso fija en el auto de adjudicación de la unidad productiva que no se produce sucesión de empresa.

El segundo motivo es una mera reiteración del primero. Se invoca, de nuevo, el artículo 44 ET y se aduce como sentencia contradictoria la STSJ de Madrid, de 16 de junio de 2017 (Rº 339/2017), que establece que los efectos de la sucesión de empresa declarada por el juez del concurso al tiempo de la adjudicación de la unidad productiva deben proyectarse sobre el orden social.

2. Doctrina aplicable

La doctrina aplicable al caso puede resumirse del modo siguiente.

En primer lugar, se parte de que el artículo 44 ET regula la adjudicación de una unidad productiva que tiene lugar en sede del procedimiento concursal, en concreto, en la fase de liquidación, con independencia de lo que se haya resuelto el juez mercantil en el auto de adjudicación. De este modo, cuando la adjudicación de la unidad productiva suponga un cambio de titularidad de una entidad que mantiene su identidad, será aplicable la citada norma de derecho imperativo.

¹ Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. BOE núm. 164, de 10 de julio de 2003.

² L 82/16, de 22 de marzo de 2001.

³ Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. BOE núm. 75, de 29 de marzo de 1995, que era la normativa vigente en el momento de los hechos analizados en la sentencia.

Por otro lado, se argumenta que el artículo 148.4 LC no excluye la aplicación del artículo 44 ET, sino que, por el contrario, la admite de forma implícita, al remitir al procedimiento del artículo 64 LC la tramitación de las medidas colectivas de extinción, suspensión, modificación sustancial de condiciones de trabajo o traslados. Además, en cualquier caso, las adquisiciones en sede concursal están sujetas a las normas de derecho imperativo del ordenamiento jurídico.

De otra parte, se analiza la normativa europea sobre la materia, en concreto, el artículo 5 de la Directiva 2001/23. La misma establece una norma general de no aplicación de las garantías de la sucesión de empresa a los supuestos concursales. Pero, a su vez, el precepto tiene una excepción para el caso de que la normativa del Estado Miembro contenga una disposición en contrario. Es lo que ocurre en el caso español con el artículo 148.4 LC, que alude expresamente a la sucesión de empresa y con el artículo 149.4 LC⁴, que permite que el juez del concurso limite la responsabilidad del adquirente de la unidad productiva, pero solo respecto a las obligaciones cubiertas por el FOGASA.

3. Resolución

Partiendo de la referida doctrina, el Tribunal Supremo resuelve la controversia declarando la existencia de sucesión, dado que en el caso se produjo una venta de una unidad productiva que reúne los requisitos del artículo 44 ET. Esto es, se asumieron un conjunto de medios organizados que permiten llevar a cabo una actividad económica.

La consecuencia de este pronunciamiento inicial es que la referida operación lleva aparejadas las obligaciones y garantías del citado artículo 44 ET. Dentro de ellas se incluyen las propias de la calificación del despido, pues el artículo 44 ET impone la responsabilidad solidaria durante tres años y ello incluye los créditos de los trabajadores de la empresa concursada, incluso los procedentes de contratos ya extinguidos al tiempo de la sucesión.

Además de lo anterior, se puntualiza que el previo pronunciamiento firme del juez del concurso negando la existencia de sucesión, no produce efectos de cosa juzgada frente a los trabajadores individuales, dado que estos no han podido personarse en el procedimiento concursal y, por tanto, tampoco han podido impugnar dicha resolución judicial.

Estos razonamientos sirven para dar respuesta a los dos motivos de recurso formulados, dado que ambos versan sobre la misma cuestión.

4. Opinión crítica

La sentencia objeto de comentario aborda los efectos que derivan de la venta de una unidad productiva perteneciente a una empresa en situación de concurso. El análisis parte del articulado de la anterior LC, que es la normativa aplicable al caso.

Se trata de una materia que es ciertamente compleja, ya que, de una parte, la operación de venta, generalmente, es una necesidad empresarial de cara a garantizar la continuidad de la empresa en el mercado⁵. Esta operación está sometida al régimen de autorización del juez del

⁴ La actual regulación se encuentra ahora en el artículo 224 TRLC.

⁵ La legislación concursal, durante la fase de concurso, no solo atiende a la satisfacción de los créditos de los acreedores y a la conservación del patrimonio, sino también al mantenimiento de la actividad de la empresa. Vid., en este sentido, GONZÁLEZ BILBAO, E., "Identificación de los "intereses concurrentes" y del "interés del concurso" en la nueva Ley concursal", en AAVV, *Estudios sobre la Ley concursal: libro homenaje a Manuel Olivenza*, Vol. 1 (*Escritos sobre don Manuel Olivenza Ruiz, derecho concursal, aspectos generales, antecedentes históricos, derecho comparado, derecho uniforme, derecho europeo, derecho internacional privado, la declaración de concurso*), Vol I, Madrid, Marcial Pons, 2005, ISBN 84-9768-178-9, pp. 293-314. Los mismos intereses están presentes en la fase

concurso⁶, lo que es lógico, dados los especiales intereses del procedimiento concursal⁷. Ahora bien, la complejidad del tema surge porque las competencias que ostenta el juez concursal no se limitan a la autorización o denegación de la venta, sino que se extienden a un ámbito mucho más amplio, que comprende la delimitación de la responsabilidad por deudas pendientes de la empresa concursada.

Hay que tener en cuenta que la operación traslativa puede reunir los requisitos que son propios de la institución laboral de la sucesión de empresa. Por ello, la delimitación de este concreto ámbito de responsabilidad tiene una relevancia fundamental dentro del concurso, ya que puede influir en el coste final de la operación y, por ende, puede dar lugar a que los posibles adquirentes desistan en su interés por materializar la compra. De modo que, si el juez mercantil establece que la operación constituye una sucesión de empresas, el ámbito de responsabilidad del nuevo adquirente será mucho más amplio que en el caso de ventas de bienes individuales⁸ y si existe sucesión, dicha responsabilidad debe incluir los créditos que puedan ostentar los trabajadores contra la empresa concursada, ya sea por salarios, indemnizaciones o, incluso, deudas comprendidas en el ámbito de la Seguridad Social.

En este punto, adquiere singular relevancia la calificación que el juez mercantil haga de la operación de venta. De hecho, se han dictado numerosas resoluciones por las distintas Salas de lo Social que sostuvieron que el orden jurisdiccional social quedaba vinculado por la referida calificación⁹. Desde luego, el tema no es baladí, pues si se admitiese la existencia del efecto positivo de la cosa juzgada, la cuestión quedaría, exclusivamente, en manos de la jurisdicción civil.

El Tribunal Supremo, sin embargo, niega cualquier posible vinculación respecto al pronunciamiento del juez mercantil con contundentes argumentos, que pivotan, fundamentalmente, sobre la imposibilidad de aplicar el efecto positivo de la cosa juzgada a quienes no ostentan legitimación para formar parte en el proceso concursal –los trabajadores–.

Aunque podría argumentarse que el planteamiento del Alto Tribunal pueda afectar, en cierta medida, a la seguridad jurídica, especialmente, desde la perspectiva de la adquirente, sin embargo comparto su razonamiento, ya que es cierto que no concurriría la triple identidad que se exige para que se desplieguen los efectos que son propios del instituto que regula el artículo 224.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁰.

Además de lo anterior, considero que, al menos durante la vigencia de la legislación aplicable al caso, la resolución que dictaba el juez del concurso en relación la adjudicación de la unidad productiva no producía, ningún efecto fuera del concurso. Se trataba de un pronunciamiento puramente prejudicial, que era necesario para la resolución de la operación de adjudicación, pero que, de conformidad con lo dispuesto en el anterior artículo 9 LC, no producía efectos fuera del concurso,

de convenio y en la de liquidación. Vid. PULGAR EZQUERRA, J. “Las soluciones al concurso de acreedores: el convenio y la liquidación”, en GARCÍA VILLAVERDE, R., ALONSO UREA, A. y PULGAR EZQUERRA, J. (Dirs.), *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal*, Madrid, Dilex, 2003, ISBN 13 9788488910462, p. 485 y ROJO BELTRÁN, E. y MERCADER UGUINA, J. “Comentario al art. 149”, en ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A.J. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M., *Comentarios de la Ley Concursal*, Madrid, Civitas/Thomson, 1ª ed., 2004, ISBN 84-470-2321-4, p. 2387.

⁶ Los actos de disposición patrimonial suelen autorizarse por el juez concursal cuando suponen un aumento de liquidez de la empresa, aun cuando impliquen modificaciones en el activo. Con mayor amplitud, vid. SERRA RODRÍGUEZ, A., “Consideraciones en torno al concepto interés del concurso”, *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, Cizur Menor, Aranzadi, núm. 30/2013, parte artículos, ISSN 1139-7179, pp. 63-93 y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “Comentario al art. 61”, en ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A.J., y BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M., *Comentarios de...*, op. cit., p. 673.

⁷ PULGAR EZQUERRA, J. “Las soluciones al concurso de acreedores:...” op. cit., p. 485.

⁸ Vid. en este sentido, PULGAR EZQUERRA, J., “Ley 17/2014 de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto-Ley 11/2014 de reformas urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas”, Madrid, *Diario La Ley*, Wolters Kluwer, núm. 8391, 2014, ISSN 1989-6913, ap. 2.B). También, en este sentido, TUSET DEL PINO, P., “Los efectos derivados de la sucesión de empresa en las adjudicaciones acordadas por el juez mercantil dentro del concurso”, *Revista de información laboral*, Valladolid, Lex Nova, núm. 12, 2015, parte Art. Doctrinal, BIB 2015\18181.

⁹ Por todas, destaca la STSJ del País Vasco, de 18 de marzo de 2014 (Rº 382/2014).

¹⁰ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. BOE núm. 7, de 8 de enero de 2020.

por lo que no era posible considerar que esta solución afectase o condicionase la seguridad jurídica. Cuestión distinta era que pudieran verse afectados los concretos intereses económicos de la adquirente, pero este hecho no condicionaba la seguridad jurídica en sí misma.

Tras la entrada en vigor del nuevo Texto Refundido de la Ley Concursal¹¹ –en adelante, TRLC–, la cuestión ha adquirido un matiz diferente, dadas las modificaciones introducidas en la materia, singularmente, respecto a la atribución de competencia al juez del concurso de todas las cuestiones relativas a la existencia de una sucesión de empresa (art. 221.2 TRLC).

Por ello, me planteo si, en la actualidad, la referida doctrina legal puede entenderse superada como consecuencia del cambio legal que trata de sustraer una competencia que correspondía a la jurisdicción social y que, además, había sido declarada, de forma constante por la jurisprudencia, desde el dictado de la STS de 29 de octubre 2014 (Rº 1573/2013, Sala de lo Social). Mi conclusión al respecto, es que el legislador únicamente ha querido regular la competencia dentro del ámbito del concurso, dejando claro que este órgano debe pronunciarse siempre sobre esa cuestión, a fin de poder luego delimitar el concreto ámbito de responsabilidad de la nueva adquirente¹², pues al margen de la norma concursal, no se ha producido una correlativa modificación de las normas de atribución de competencia contenidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial¹³ o en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social¹⁴.

La misma duda me suscita la cuestión relativa al ámbito de la responsabilidad solidaria de la adquirente. En la actualidad, el artículo 224.3 TRLC establece una regla particular para los créditos laborales y de Seguridad Social, al ligar la responsabilidad solidaria, únicamente, “a los trabajadores de esa unidad productiva en cuyos contratos quede subrogado el adquirente”.

Parece que el legislador concursal ha querido fijar que la responsabilidad solidaria derivada de la sucesión está ligada, exclusivamente, a la plantilla de la unidad productiva que es objeto de subrogación. Por tanto, esto excluiría los créditos de trabajadores con contrato laboral extinguido, ya que, lógicamente, no forman parte del deber de subrogación.

Como se observa, la norma introduce una clara modificación en el sistema legal vigente. La finalidad perseguida por el legislador parece clara, pues trata de agilizar las ventas de unidades productivas, facilitando la continuidad de la parte de la empresa que todavía puede seguir funcionando dentro del mercado. Esta finalidad resulta loable, sobre todo en el momento en el que se dicta, esto es, en plena crisis económica derivada de la pandemia sanitaria por COVID19, que, probablemente, dará lugar a una importante crisis empresarial.

Ahora bien, con ello, se modifica íntegramente la asentada doctrina legal de la Sala Cuarta que la sentencia comentada aplica. Esto es, la doctrina unificada derivada de las sentencias del Tribunal Supremo, de 15 de julio de 2003 (Rº 3442/2001 y Rº 1973/2002, Sala de lo Social), de 4 de octubre de 2003 (Rº 585/2003, Sala de lo Social) y de 30 de noviembre de 2016 (Rº 825/2015, Sala de lo Social). De acuerdo con este cuerpo jurisprudencial, resulta clara la responsabilidad solidaria de las empresas cedente y cesionaria durante los tres años posteriores a la sucesión. Esta responsabilidad comprende las obligaciones laborales nacidas antes de la transmisión, dentro de las que deben entenderse incluidas aquellas que deriven de la eventual declaración de improcedencia de un despido anterior a la transmisión y que no hubieren sido satisfechas. Por tanto, el empresario adquirente queda subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del

¹¹ Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal. BOE núm. 127, de 7 de mayo.

¹² Vid., GÓMEZ ARBÓS, J., “Los procedimientos concursales en materia de subrogación en relación con la aprobación del Texto Refundido de la Ley Concursal”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Cizur Menor, Aranzadi, núm. 236/2020, BIB 2020\36984, p. 51.

¹³ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985.

¹⁴ Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social. BOE núm. 245, de 11 de octubre de 2011.

anterior, en los términos expresamente previstos en la ley, lo que incluye las deudas derivadas de contratos ya extinguidos.

La conclusión que se expresa en la sentencia comentada es totalmente acorde con el sistema legislativo aplicable al caso, pues hay que tener en cuenta que, dentro de las obligaciones y garantías propias de la sucesión es obligado distinguir la obligación de subrogar al personal afectado de la responsabilidad solidaria por deudas pendientes.

La normativa laboral reconoce a los trabajadores una garantía de permanencia en la empresa en los casos de cambio de titularidad, que actúa como elemento neutralizador de la posible extinción de la relación laboral. Ahora bien, esta garantía se proyecta, de forma exclusiva, sobre aquellos que ostenten un contrato laboral que esté vivo al tiempo de la transmisión.

Por su parte, la responsabilidad solidaria de la nueva empresa comprende todos aquellos créditos laborales que, habiendo nacido antes del negocio traslativo, no hayan sido satisfechos. Esta responsabilidad se extiende a los contratos de la plantilla de la unidad que haya sido objeto de transmisión. Por tanto, están incluidos todos los trabajadores y no solo a los que hayan sido subrogados. Se trata de una diferencia fundamental entre el deber de subrogación y la responsabilidad solidaria. Mientras el primero solo afecta a las relaciones laborales vivas, la segunda, comprende todos los contratos ligados a la unidad transmitida, lo que incluye los créditos derivados de contratos que ya se hubieran extinguido al tiempo de la transmisión.

El estado actual de la cuestión no debería verse alterado como consecuencia de las modificaciones introducidas en la normativa concursal tras la promulgación del TRLC, pues no es admisible que un instrumento legislativo –Real Decreto Legislativo–, que está sujeto al concreto mandato contenido en la delegación normativa, introduzca cambios en el sistema legal vigente, que exceden de las meras aclaraciones o colmado de lagunas que admite la jurisprudencia constitucional¹⁵.

La nueva regulación cambia completamente las previsiones concursales en materia de sucesión de empresa, introduciendo un régimen especial propio, que la anterior normativa no preveía. Por ello, considero que puede haber incurrido en *ultra vires*, por lo que, hasta que no se dicte una norma, a través de un instrumento legal hábil para ello, debería mantenerse la vigente interpretación jurisprudencial del artículo 44.3 TRLET.

Bibliografía

- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “Comentario al art. 61”, en ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A.J., y BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M., *Comentarios de la Ley Concursal*, Madrid, Civitas/Thomson, 1ª ed., 2004, ISBN 84-470-2321-4, pp. 673.
- GÓMEZ ARBÓS, J., “Los procedimientos concursales en materia de subrogación en relación con la aprobación del Texto Refundido de la Ley Concursal”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Cizur Menor, Aranzadi, núm. 236/2020, BIB 2020\36984, pp. 41-67.
- GONZÁLEZ BILBAO, E., GONZÁLEZ BILBAO, E., “Identificación de los “intereses concurrentes” y del “interés del concurso” en la nueva Ley concursal”, en AAVV, *Estudios sobre la Ley concursal: libro homenaje a Manuel Olivenza, Vol. 1 (Escritos sobre don Manuel Olivenza Ruiz, derecho concursal, aspectos generales, antecedentes históricos, derecho comparado, derecho uniforme, derecho europeo, derecho internacional privado, la declaración de concurso)*, Vol I, Madrid, Marcial Pons, 2005, ISBN 84-9768-178-9, pp. 293-314.

¹⁵ STC 22/1981, de 2 de julio [RTC 1981/22].

- PULGAR EZQUERRA, J. “Las soluciones al concurso de acreedores: el convenio y la liquidación”, en GARCÍA VILLAVARDE, R., ALONSO UREA, A. y PULGAR EZQUERRA, J. (Dirs.), *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal*, Madrid, Dilex, 2003, ISBN 13 9788488910462, p. 435-503.
- PULGAR EZQUERRA, J., “Ley 17/2014 de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto-Ley 11/2014 de reformas urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas”, Madrid, *Diario La Ley*, núm. 8391, 2014, ISSN 1989-6913.
- ROJO BELTRÁN, E. y MERCADER UGUINA, J. “Comentario al art. 149”, en ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A.J., y BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M., *Comentarios de la Ley Concursal*, Madrid, Civitas/Thomson, 1ª ed., 2004, ISBN 84-470-2321-4, p. 2378-2395.
- SERRA RODRÍGUEZ, A., “Consideraciones en torno al concepto interés del concurso”, *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, Cizur Menor, Aranzadi, núm. 30/2013, parte artículos, ISSN 1139-7179, pp. 63-93.
- TUSET DEL PINO, P., “Los efectos derivados de la sucesión de empresa en las adjudicaciones acordadas por el juez mercantil dentro del concurso”, *Revista de información laboral*, Valladolid, Lex Nova, núm. 12, 2015, parte Art. Doctrinal, BIB 2015\18181, pp. 21-42.

DEBATES

Mercado de trabajo, temporalidad ilícita, engaño y deshonestidad

Labor market, illegal temporality, deception and dishonesty

Ignasi Beltran de Heredia Ruiz*

Profesor Agregado y TU Acreditado.

Universitat Oberta de Catalunya (UOC)

ORCID ID: 0000-0002-4218-7569

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2021.6221>

1. Temporalidad ilícita y el engaño como uno de los factores explicativos de la contumaz resistencia al cumplimiento de la ley

Una de las particularidades del mercado de trabajo español es, como es bien conocido, su elevada y persistente tasa de temporalidad.

Al cierre de este trabajo, según los últimos datos de la encuesta de población activa del INE (2021/1T), aunque ha mejorado sensiblemente respecto del semestre anterior, este índice sigue cerca del 24%. Y aunque algunos indicadores sugieren una cierta mejora reciente (como la duración media de los contratos), en abril de 2021, el 87,91% de los contratos formalizados seguían siendo temporales (indicador que, en los últimos años, nunca ha podido bajar del 85% en la serie mensual), sin olvidar su tendencia a comportarse de forma absolutamente “bulímica” en determinados períodos del calendario (semanal/anual).

Es evidente que un porcentaje (muy) elevado de estos contratos no responden a las causas de temporalidad legalmente descritas.

En definitiva, nos enfrentamos a un fenómeno patológico que se ha cronificado (y, en paralelo, amplios sectores de la economía se han hecho muy dependientes de la precariedad que este fenómeno supura).

Los factores que han podido influir en la consolidación de esta “tendencia” empresarial pueden ser múltiples y de naturaleza muy heterogénea. Es obvio que el carácter cíclico de importantes sectores de la economía, las “particularidades” del sector público, así como el fomento del empleo a través de la contratación temporal no sometida a una causalidad desde finales de los años 70 hasta principios de los 90 del siglo pasado han podido tener una influencia determinante. Y tampoco puede omitirse que algunos criterios jurisprudenciales también han jugado un papel estimulador de la temporalidad. En paralelo, es obvio que el estatuto protector asociado al contrato indefinido y la supresión en 2012 de los salarios de tramitación (salvo readmisión) también son factores que podrían estar influyendo de forma decisiva (del mismo modo que las “cargas” asociadas al trabajo

*ibeltran_de_heredia@uoc.edu

subordinado, también explicarían la huida hacia fórmulas de trabajo autónomo o económicamente dependiente fraudulentas).

Pasadas todas estas décadas, quizás, no sea descabellado hablar de la existencia de una “cultura” empresarial de la temporalidad. Con todo lo que esto implica¹.

Si esto fuera así, es claro que el problema estaría anclado a unos factores y/o parámetros cuya complejidad y comprensión son especialmente profundas (o mucho mayores de lo que, quizás, se ha dado a entender y/o los juristas hemos sido capaces de apreciar). Por consiguiente, si esta hipótesis se confirmara, podría colegirse que, parte del fracaso en la lucha contra la temporalidad se deba a un defecto, en esencia, “primario” o de “punto de partida”. Es decir, seguimos sin tener un diagnóstico claro y, por lo tanto, al desconocer la dimensión “real” del problema llevamos un tiempo, si me permiten la expresión, dando palos de ciego.

Esto podría dar una explicación a un hecho difícilmente discutible: la escasa efectividad de las medidas legales dirigidas a combatir la excesiva temporalidad. La “potencia de fuego” que estamos empleado ha sido (está) siendo manifiestamente “corta”. En efecto, el transcurso del tiempo y la escasa variabilidad en la tasa de temporalidad (salvo en los períodos recesivos – por motivos obvios) es la muestra más evidente de que la batería de instrumentos normativos empleados hasta la fecha sólo ha sido capaz de “rascar” en la superficie del problema.

La complejidad del fenómeno es especialmente visible cuando se constata que la contratación temporal ilícita es una opción significativamente penalizada (especialmente, desde un punto de vista económico). De hecho, el coste de su extinción es superior al de un contrato indefinido². Extremo que ilustra que las aproximaciones estrictamente apegadas a una mera valoración coste-beneficio o, si lo prefieren, a la “racionalidad” que orbita alrededor de la falacia del *homo economicus* (por –entre otros motivos– su carácter absolutamente tautológico³) también se quedan “cortas”.

Lejos de los planteamientos maximalista propios de lo que se conoce como “imperialismo económico”, los avances en diversas ciencias sociales, como la psicología de la conducta y/o la psicología social (pese a sus limitaciones) han desvelado la riqueza y heterogeneidad de factores que podrían influir en el comportamiento humano. En el fondo, a partir de la racionalidad estratégica del individuo (y no meramente paramétrica), la arquitectura de las decisiones que toda norma lleva implícita es susceptible de sufrir un defecto crítico si no tiene mínimamente en cuenta las palancas que, a nivel introspectivo (e, incluso, por debajo del nivel consciente), precipitan nuestro comportamiento⁴. Y, por ende, que podrían explicar la resistencia contumaz al cumplimiento del mandato legal en favor de la contratación indefinida.

En este sentido, si bien es cierto que el marco normativo y los vaivenes hermenéuticos puedan dificultar que el destinatario de la norma sepa a ciencia cierta si, efectivamente, su comportamiento se ajusta o no al mandato de la ley, es posible que no sean pocos los empresarios que sean plenamente conscientes de que su conducta claramente está fuera del marco legal e, incluso, hayan llegado a normalizar este comportamiento deshonesto (o, si lo prefieren, contrario a la “virtud cívica”).

¹ Aunque las leyes tienen una “función expresiva”, en tanto que hablan en nombre de la opinión de la mayoría (y, en parte, es una función de su autoridad moral), al crearse una “cultura de la temporalidad” en una “subcomunidad” de la sociedad, sus señales “pueden no tener ninguna importancia o incluso ser contraproducentes. Puede que una ley diga ‘¡no!’, pero algunas personas querrán decir ‘¡sí!’”. Cass R. SUNSTEIN, *La conformidad*, Ciudad de México, Instituto Nacional Electoral, 2020, p. 25.

² Ignasi BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, *Sesgos y pautas del comportamiento empresarial y temporalidad ilícita*, *Iuslabor*, 3, 2019, 125 y 126.

³ Entre otros, extensamente, Jon ELSTER, *La explicación del comportamiento social*, Barcelona, Gedisa, 2010, p. 186 y 215 y ss. O, incluso (Robert TRIVERS, *La insensatez de los necios*, Buenos Aires, Katz, 2013, p. 326 a 329), se rechaza que la economía pueda ser calificada como una “ciencia”.

⁴ Las recientes conversiones masivas de contratos temporales a indefinidos a partir de las campañas del Ministerio de Trabajo consistentes en el envío de una simple carta a los empresarios son especialmente ilustrativas de la potencialidad de esta dimensión “introspectiva” en el cumplimiento de la norma.

En este contexto, una de las preguntas que, quizás, debamos dar respuesta es por qué somos deshonestos ante la norma y, especialmente, cuando lo hacemos, qué hacemos para, mediante el autoengaño, convencernos para “normalizar” este comportamiento y seguir operando al margen de la ley. Es claro, pues, que si no sabemos por qué la gente actúa de este modo en el uso de la temporalidad, difícilmente podrá articularse una respuesta efectiva que trate de combatir este gran problema que mina nuestro mercado de trabajo.

Vaya por delante que esta aproximación, necesariamente breve, no aspira a *explicar* (unicausalmente) por qué se ha llegado a conformar una “cultura de temporalidad” anteriormente descrita. El problema (como se ha apuntado) es ciertamente más alambicado y en él anidan múltiples capas de complejidad profundamente imbricadas. El propósito, mucho más modesto, es proyectar una de las posibles dimensiones que, junto con otras muy “poderosas”⁵, podrían acabar incidiendo en la toma de decisión empresarial al escoger la modalidad de contratación. En definitiva, el propósito es tratar de dar algo de luz sobre este fenómeno.

2. Sobre el engaño y la deshonestidad

El alineamiento de una persona al mandato de la Ley podría estar estrechamente vinculado a la probabilidad (mayor o menor) de ser descubierto. Conforme a este modelo de conducta (basado en un “simple” análisis de coste-beneficio), bastaría con incrementar las sanciones y/o la probabilidad de sorprender a los infractores para reducir las conductas alejadas del ideal normativo. Son muchas las normas que responden a este planteamiento. Y, lamentablemente, su efectividad está lejos de alcanzar los objetivos propuestos.

En efecto, lejos de los planteamientos basados en la teoría racional del delito (BECKER), conviene tener en cuenta que, por un lado, nuestro exceso de confianza nos lleva a hacer estimaciones sobre el acaecimiento de eventos del futuro muy alejados de la realidad. En efecto⁶, en la medida que somos incapaces de pensar estadísticamente, padecemos una notable y desconcertante limitación cognitiva que se traduce, primero, en una sobreestimación de lo que creemos saber; y, segundo, en una aparente incapacidad para reconocer las dimensiones de nuestra ignorancia y la incertidumbre del mundo en que vivimos.

Y, por otro lado, diversos experimentos han demostrado que “la probabilidad de ser descubierto no tiene una gran influencia en la magnitud del engaño”⁷. Es obvio que la probabilidad de ser “atrapado” influye (nadie comete un delito delante de una comisaría de policía). Ahora bien, estos estudios sugieren que “el hecho de ser sorprendido no tiene tanta importancia como cabría esperar”. De hecho, en la medida que estas investigaciones apuntan a que, pudiendo engañar mucho, tendemos a hacerlo sólo un poco, permite llegar a la conclusión de que “engañamos hasta el nivel que nos permite conservar nuestra imagen de individuos razonablemente honestos”.

En efecto, si nos sentimos cómodos con un cierto nivel de engaño, esto es, toleramos con cierta intensidad nuestra deshonestidad, se desvela una dimensión de suma importancia, pues, hasta cierto punto, queremos sacar provecho de la misma. En el fondo, a pesar de la carga cognitiva que toda mentira lleva aparejada⁸, podría decirse que cada uno de nosotros tiene su propio “nivel de deshonestidad”.

⁵ Sobre los diversos factores (sesgos e heurísticas) que podrían incidir a nivel introspectivo (o, incluso, por debajo del nivel consciente), véase extensamente, Ignasi BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, *Sesgos y pautas del comportamiento empresarial y temporalidad ilícita*, *op. cit.*, 126 a 147.

⁶ Daniel KAHNEMAN, *Pensar rápido, pensar despacio*, Barcelona, Debolsillo, 2012, p. 27.

⁷ Dan ARIELY, *Por qué mentimos*, Barcelona, Ariel, 2012, p. 30 y 31.

⁸ Robert TRIVERS, *La insensatez de los necios*, *op. cit.*, p. 26.

De modo que, lejos de los planteamientos propios de coste-beneficio, la intensidad de nuestra honestidad, ¡no tiene una correlación directa con la probabilidad de ser descubiertos!⁹.

Lo que, a su vez, desvela la profunda complejidad de nuestro comportamiento (con evidentes consecuencias adversas). En este sentido, “la capacidad humana de engañar es enorme. Tenemos la enervación de músculos faciales más compleja y utilizamos un gran número de neuronas motoras para controlarlos –ninguna otra especie puede poner cara de póker–. Y tenemos el lenguaje, ese medio extraordinario para manipular la distancia existente entre el mensaje y su significado. Los humanos también somos excelentes mintiendo porque nuestras capacidades cognitivas nos permiten hacer algo que va más allá de lo realizado por cualquier pérfido gelada: podemos ‘afinar’ la verdad”¹⁰. Y lo más “interesante” es que “a nosotros nos juzgamos por nuestros motivos internos y a todos los demás por sus acciones externas. De modo que, al considerar nuestras propias fechorías, tenemos más acceso a información atenuante, circunstancial”¹¹.

En definitiva, nos regimos por un extraordinario y flexible “factor de tolerancia” que nos permite engañar sólo un poco, de modo que podemos seguir sintiéndonos bien con nosotros mismos¹². Es decir, cada uno de nosotros tiene su propio límite (algunos más estricto que otros).

Y, a través de esta racionalización de nuestras conductas ejecutadas “fuera de los límites”, conseguimos que nuestra deshonestidad nos sea invisible (no la vemos en nosotros mismos). De modo que, si somos capaces de autoindultarnos, no tenemos ningún inconveniente en seguir actuando de forma “desviada”.

Y es en este espacio en el que el “autoengaño” adquiere un papel destacado. Partiendo de la base de que el engaño es algo “omnipresente” (pues, es practicado en todos los niveles de la vida – virus, bacterias, plantas, insectos y muchos animales), hay autores que entienden que el autoengaño es “un producto evolutivo que sirve para engatusar mejor a los otros”, pero también permite “reducir la carga cognitiva” o, en otras ocasiones, “proporciona una defensa fácil contra las acusaciones de engaño”¹³.

El autoengaño¹⁴ describe un proceso mental particularmente complejo, pues, implica el almacenamiento “en la mente de información verdadera y falsa, con la salvedad de que la información verdadera se guarda en la parte inconsciente y la falsa en la parte consciente. A veces, ese proceso entraña actividades de la mente consciente –como la supresión activa de recuerdos–, pero habitualmente los procesos mismos son inconscientes, aunque distorsionen aquello de lo que somos conscientes”. Así pues, la clave para definir el autoengaño “es tener en cuenta que la información verdadera queda por lo general excluida de la conciencia y que – de conservarse en ella – se almacena en diversos grados de inconsciencia. Si la mente actúa con suficiente celeridad, no es necesario que se almacene ninguna versión de la verdad. Hay un hecho contraintuitivo que es necesario explicar: que la información falsa se guarda en la mente consciente”¹⁵. De modo que este proceso contraintuitivo “existe pura y exclusivamente para manipular a otras personas. Nos ocultamos la realidad

⁹ Dan ARIELY, *Por qué mentimos*, op. cit., p. 28.

¹⁰ Robert M. SAPOLSKY, *Compórtate*, Barcelona, Capitan Swing, 2018, p. 724.

¹¹ Robert M. SAPOLSKY, *Compórtate*, op. cit., p. 699. Y añade: “la tendencia a juzgarnos a nosotros mismos con menos dureza que a los demás se resiste a la racionalización de la disuasión” (y para una descripción neurobiológica de la mentira, véase p. 725 a 732).

¹² Dan ARIELY, *Por qué mentimos*, op. cit., p. 34, 35 y 226. Es lo que este autor califica como la “teoría del factor de tolerancia”.

¹³ Robert TRIVERS, *La insensatez de los necios*, op. cit., p. 23 y 20. Añadiendo (p. 20) que “en el primer caso, quien se autoengaña no brinda los indicios que acompañan el engaño consciente y así elude que lo detecten. En el segundo caso, el proceso concreto de engañar resulta menos costoso cognitivamente porque parte de la verdad queda en el inconsciente. En otras palabras, el cerebro puede funcionar más eficazmente si ignora la contradicción. En el tercer caso, si el engaño se advierte, es más fácil defenderlo – es decir, racionalizarlo – ante los demás como algo que se propagó de manera inconsciente”.

¹⁴ Siguiendo la exposición de Robert TRIVERS, *La insensatez de los necios*, op. cit., p. 25.

¹⁵ No obstante, sobre esta cuestión la doctrina no es pacífica. Jon ELSTER (*La explicación del comportamiento social*, op. cit., p. 161) afirma que (cierto) “autoengaño no implica el mantenimiento simultáneo de dos creencias contradictorias, una sostenida de forma consciente y otra, de forma inconsciente”, pues, en determinados casos, cabe un reemplazo de una creencia por otra, de modo que se produce una *desaparición para siempre*, en vez de quedar relegada al inconsciente.

para ocultarla mejor a otros. Puede suceder que guardemos una copia de la información verdadera, pero lo que sin duda hacemos es impedir que otros accedan a ella”.

Como se expondrá a continuación, hay ciertos factores que contribuyen a amplificar este razonamiento introspectivo (ciertamente, tan “maquiavélico” como común¹⁶).

2.1. Distancia entre la acción deshonestas y sus consecuencias

Diversas experimentaciones¹⁷ sugieren que, por ejemplo, estamos más dispuestos a robar algo que no tenga atribuido explícitamente un valor monetario (por ejemplo, el bocadillo del compañero de la nevera, un bolígrafo o el papel de la impresora) que dinero en metálico. O, dicho de otro modo, “las personas tienden a ser más deshonestas en presencia de objetos no monetarios – como lápices o fichas – que ante dinero de verdad”. Y, además, es preocupante observar¹⁸ que, cuando se nos da la oportunidad, hacemos trampas (aunque sólo un poco).

Y la clave para tratar de explicar este comportamiento es que identifiquemos la existencia de una “distancia” entre la acción deshonestas y sus consecuencias¹⁹. En este sentido, el tiempo juega un papel destacado (aunque no sólo), pues, incide poderosamente en la formación de relatos personales falsos, pues, sobreevaluamos nuestras conductas pasadas y, además, tendemos a recordar nuestras acciones morales negativas como si hubieran sucedido mucho tiempo antes que las acciones positivas²⁰.

Si nuestras acciones están lejos de la ejecución del hecho fraudulento también resulta más fácil ser deshonesto. Por ejemplo, si la formalización del contrato a sabiendas ilícito no la hace directamente el empresario (sino un tercero en su nombre), es fácil que se cree un espacio de inmunidad (o una distancia psicológica lo suficientemente separada como para verse desvinculado de sus efectos ilícitos). Y también si las reglas no están claras también puede propiciar el mismo efecto (pues, en definitiva, puede pensarse que se está optando por una más de las “múltiples” interpretaciones al alcance).

En cualquier caso, esta “distancia” (entendida en sentido amplio) tiene un efecto determinante, pues, libera a la gente de sus ataduras morales, empeorando su brújula moral.

Lo peor es que los ámbitos en los que este comportamiento está presente son vastísimos. Así, por ejemplo, esto explicaría cierta condescendencia (o nulo reproche) con la percepción de ciertos obsequios no monetarios (lamentablemente famosos en ciertos ámbitos políticos) a cambio de “favores” o “preferencias”; u otras muchas prácticas dudosas o tramposas sin que medie directamente dinero en efectivo.

Y es obvio que el ámbito laboral no está exento en absoluto. En efecto, es factible pensar que esta “distancia”, también podría explicar ciertas prácticas empresariales con sus trabajadores o con terceros (Seguridad Social, Hacienda y/o clientes)²¹.

En definitiva, el incremento de la distancia psicológica entre una acción deshonestas y sus consecuencias hace incrementar el factor de tolerancia y esto provoca que los seres humanos tiendan a

¹⁶ Aunque escasean pruebas al respecto, parece ser que (Robert TRIVERS, *La insensatez de los necios*, *op. cit.*, p. 107) “en el caso de los seres humanos adultos, cabe esperar que los individuos más inteligentes engañen más, y no menos, y que lo hagan con mayor habilidad (...). En teoría, además, se espera que los individuos más brillantes se autoengañen más que los menos dotados”.

¹⁷ Dan ARIELY, *Por qué mentimos*, *op. cit.*, p. 38 y ss.

¹⁸ Dan ARIELY, *Las trampas del deseo*, Booket, 2013, p. 240.

¹⁹ Dan ARIELY, *Por qué mentimos*, *op. cit.*, p. 37 y 39.

²⁰ Robert TRIVERS, *La insensatez de los necios*, *op. cit.*, p. 41. En términos similares, Dan ARIELY (*Por qué mentimos*, *op. cit.*, p. 144) apunta que

²¹ Y también el propio comportamiento de los trabajadores. Por ejemplo, quizás, también podría explicar el caso resuelto por la STS de 21 de septiembre de 2017 (Rº. 2397/2015, Sala de lo Social) en relación al despido de una cajera-reponedora que se apropió de determinados productos de alimentación en otro supermercado de la misma empresa, distinto al que constituía su centro de trabajo en el que prestaba servicios

engañar más²². Y diversos estudios sugieren que, si se toma consciencia de la posibilidad de llevar a cabo una conducta deshonestas (por ejemplo, añadiendo patrones éticos antes de la toma de determinadas decisiones), reflexionamos sobre la misma y, por este motivo, se incrementa la honestidad²³.

2.2. Sesgo de confirmación

El engaño o la deshonestidad generan una disonancia cognitiva. Esto es, una contradicción psicológica que puede ser de intensidad desigual y que, de hecho, tratamos de reducir a través de una racionalización de esta conducta²⁴. Y, como seres humanos, disponemos una gran habilidad para hacerlo: tenemos una sofisticada capacidad para (con razones aparentemente lógicas) justificar con extraordinaria frecuencia nuestros comportamientos deshonestos (y, especialmente –como se ha apuntado–, cuando no tienen que ver directamente con el dinero). Esto nos resulta ciertamente “útil”, pues, permite distanciarnos del conocimiento de que estamos incumpliendo las normas²⁵. De modo que “somos expertos a la hora de racionalizar nuestra pequeña deshonestidad”²⁶. Y, ciertamente, no hay elementos para pensar que la formalización de un contrato temporal a sabiendas de que debería ser indefinido no participe de este modo de razonar.

Y, en este ámbito, lo que se conoce como el “sesgo de confirmación” tiene una capacidad poderosísima para “blanquear” nuestro comportamiento: “la persistencia en una creencia puede derivar de la negativa a abandonar una buena historia inventada para explicar algo que el sujeto cree que es verdad”²⁷. Este “portavoz interno”²⁸ es especialmente hábil a la hora de justificar automáticamente todo, construyendo una “negación plausible” (y si algo nos irrita “es mucho más fácil justificar nuestra conducta inmoral”²⁹). Con este propósito reconstruimos nuestros móviles y relatos internos con el propósito de justificar conductas censurables o cuestionables³⁰. Y esta negación genera una especie de espiral “tóxica”, porque exige ratificaciones posteriores, pues, “una vez se ha incurrido en la primera negación, la tendencia es corroborarla: [se niega] primero, luego [se niega]

²² Dan ARIELY, *Por qué mentimos*, op. cit., p. 37 y 60.

²³ Dan ARIELY, *Por qué mentimos*, op. cit., p. 43 y ss.

²⁴ Robert TRIVERS, *La insensatez de los necios*, op. cit., p. 168. Siguiendo a Anastasio OVEJERO BERNAL (*Psicología Social*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2015, p. 215), la disonancia es motivacional: “la propia existencia de la disonancia empuja al individuo a intentar eliminar, o al menos a reducir, tal estado de disonancia. Y cuanto más fuerte sea la disonancia más fuertes serán también las presiones para intentar eliminarla o reducirla. Por consiguiente, la teoría de la disonancia cognitiva es, ciertamente, una teoría cognitiva, pero es también, y en alto grado, una teoría *motivacional*”.

²⁵ Dan ARIELY, *Por qué mentimos*, op. cit., p. 165.

²⁶ Dan ARIELY, *Las trampas del deseo*, op. cit., p. 237.

²⁷ Stuart SUTHERLAND, *Irracionalidad: el enemigo interior*, Alianza Editorial, 2015, p. 205. Y, siguiendo con este autor (p. 74), nuestro entorno tampoco ayuda a transigir. En efecto, en la medida que tendemos a juntarnos con nuestros iguales, es poco frecuente que estemos expuestos a argumentos que sean contrarios a nuestras más profundas convicciones, y mucho menos a pruebas contrarias a ellas. Nuestras creencias se ajustan a las de nuestros compañeros, de modo que hay pocas posibilidades de eliminar los errores persistentes.

²⁸ Así lo denomina Jonathan HAIDT, *La mente de los justos*, Deusto, 2018, p. 124. Las investigaciones sobre la neurofisiología del engaño y el autoengaño empiezan a mostrar que (Robert TRIVERS, *La insensatez de los necios*, op. cit., p. 69 y 71) “el papel que desempeña la mente consciente para orientar nuestra conducta es mucho menos importante de lo que se suponía. Contrariamente a lo que imaginábamos, la mente consciente siempre está a la zaga del inconsciente en la acción y en la percepción: se parece más a un observador que un actor que toma la iniciativa. (...) Se estima que unos diez segundos antes de que exista conciencia de la intención, se disparan señales neuronales que luego darán origen a la conciencia y más tarde al comportamiento mismo”. Esto encajaría con la idea que sugiere HAIDT, pues, de algún modo, actuamos impulsivamente y, *post-hoc*, el “portavoz” se encargaría de justificar nuestra reacción (especialmente si ya no puede ser cambiada).

²⁹ Dan ARIELY, *Por qué mentimos*, op. cit., p. 160. En estos casos, la “deshonestidad se torna represalia, una acción compensatoria contra cualquier cosa que de entrada nos exaspere”.

³⁰ Robert TRIVERS, *La insensatez de los necios*, op. cit., p. 162.

que se ha negado y así sucesivamente”³¹. Derivando, en definitiva, en una especie de “escalada del compromiso” y que lleva a mantener una decisión inicial aunque “los hechos la ponen clara y seriamente en tela de juicio”³².

Esta inmunización frente a nosotros mismos aumenta nuestra capacidad para ser deshonestos (y nos da argumentos para continuar siéndolo en el futuro) y, al mismo tiempo, no impide que sigamos considerándonos comprometidas con los deberes cívicos. En efecto, como se ha apuntado anteriormente, en la medida que engañamos lo justo para sentirnos bien con nosotros mismos, nos movemos por debajo del umbral de lo intolerable (garantizándonos una “inmunidad moral perpetua”). El límite se encuentra en el instante que ya no somos capaces de encontrar una justificación que conserve nuestra creencia en nuestra propia honestidad³³.

De algún modo³⁴, estos engaños se encuentran en los límites inferiores de la deshonestidad humana. Es decir, se refieren al nivel de engaño que practican las personas que aspiran a ser éticas y que desean verse a sí mismas como éticas. De modo que, a pesar de tener una alta consideración de nosotros mismos en términos de bondad y rectitud moral, no somos inmunes a nuestra ceguera mental y podemos acabar realizando acciones que prescinden de nuestras pautas morales a fin de obtener diversas compensaciones (sin dudar de nuestra propia virtud).

Y esta forma de pensar resulta particularmente inquietante (¿no creen?).

Y lo expuesto, quizás, explicaría la (asombrosa) perplejidad que muestran algunos cuando se descubren las corruptelas, trampas o engaños que han estado cometiendo de forma reiterada en el tiempo.

2.3. *El engaño es infeccioso (una derivada del conformismo)*

Es evidente que la conducta humana no puede explicarse únicamente en términos internos, sino que puede estar fuertemente influenciada por el entorno. Así que, para entender la complejidad de nuestro comportamiento, es esencial tener en cuenta el medio físico y social en el que nos movemos³⁵. De ahí que el papel de la cultura colectiva sea esencial para poder aspirar a mejorar nuestra conducta.

El conformismo es un fenómeno ampliamente analizado en la psicología social. En concreto, “puede definirse como un cambio en la conducta u opiniones de una persona como resultado de una presión real o imaginada de personas o grupos de personas”³⁶. De hecho, las personas pueden llegar a falsear “su propio conocimiento, o como mínimo pasarán por alto sus propias dudas, cuando estén frente a las opiniones manifiestas de la masa”³⁷. En otras ocasiones, puede estar causada por una falta de información y/o bien por nuestra voluntad por agrandar o mantener la buena opinión que tengan de nosotros³⁸. Y también es posible que, como si de un “pegamento social” se tratara³⁹, se produzcan cascadas de conformidad, de modo que ciertas creencias (incluso falsas) se propaguen ampliamente⁴⁰; incluso entre “generaciones”⁴¹. Por ejemplo, la posibilidad de celebrar un “contrato temporal de prueba” es, quizás, una de las creencias falsas más extendidas.

³¹ Robert TRIVERS, *La insensatez de los necios*, op. cit., p. 166.

³² Anastasio OVEJERO BERNAL, *Psicología Social*, op. cit., p. 224.

³³ Jonathan HAIDT, *La mente de los justos*, op. cit., p. 130.

³⁴ Dan ARIELY, *Las trampas del deseo*, op. cit., p. 244 y 245.

³⁵ Gerd GIGERENZER, *Decisiones instintivas*, Barcelona, Ariel, 2018, p. 88 y 89.

³⁶ Siguiendo a Elliot ARONSON, *El animal social*, Alianza Editorial, 2018, p. 36.

³⁷ Cass R. SUNSTEIN, *Rumurología*, Debate, 2ª Ed, 2010, p. 54.

³⁸ Cass R. SUNSTEIN, *La conformidad*, op. cit., p. 20 y 22.

³⁹ Cass R. SUNSTEIN, *La conformidad*, op. cit., p. 14.

⁴⁰ Cass R. SUNSTEIN, *Rumurología*, op. cit., p. 54.

⁴¹ Cass R. SUNSTEIN, *La conformidad*, op. cit., p. 28

Desde este punto de vista, no debe sorprendernos que el engaño pueda aumentar cuando observamos una mala conducta de quienes nos rodean⁴². Y estas “fuerzas sociales” circundantes parece que funcionan de dos formas distintas: si quien engaña forma parte de nuestro grupo social, nos identificamos con él y, en consecuencia, puede parecernos que engañar es más aceptable desde el punto de vista social. Ahora bien, si no pertenece a nuestro grupo, es probable que nos cueste más justificar que llevemos a cabo una conducta deshonesta y, por ello, tengamos tendencia a distanciarnos de esa persona.

En definitiva, el entorno social es determinante a la hora de definir nuestros límites de lo que es aceptable, incluido el engaño. En efecto, “si vemos a los otros miembros de nuestros grupos sociales comportarse de manera no aceptable, es probable que también reconsideremos la brújula moral interna y adoptemos su conducta como modelo propio. Y si el miembro de nuestro grupo afín resulta ser una figura con autoridad –padre, jefe, maestro o alguien a quien respetamos–, aún hay más posibilidades de que nos veamos arrastrados a ello”⁴³.

De hecho, basta con que tengamos una falsa percepción sobre el comportamiento de los demás para inducirnos a incumplir las normas. El hecho de que “nuestras acciones concuerden con las normas sociales de quienes nos rodean suele servirnos de consuelo”⁴⁴. E, incluso, pueden llegar a que excusemos las malas conductas. De ahí que “la conducta observada públicamente tiene un gran impacto en quienes la observan”, de modo que la “mala conducta de esa misma gente puede tener grandes consecuencias descendentes en la sociedad en general”⁴⁵.

Esto pone de manifiesto el efecto devastador que las reacciones tibias frente a la deshonestidad de personajes públicos. Y, en el lado opuesto, es esencial dar a conocer los actos de honestidad (publicitándolos), pues, contribuyen de forma poderosa a nuestro sentido de la moralidad social. En efecto, cuanto más probable resulte que una expresión legal sea efectiva, las transgresiones de la ley serán muy visibles, y la visibilidad importa porque la gente no quiere despertar la ira de los demás⁴⁶.

En este sentido, pueden implementarse estrategias para fomentar el cumplimiento de la legislación acudiendo al sesgo de conformidad⁴⁷. Las diversas campañas de envío de cartas por parte del Ministerio a colectivos específicos dirigidas a la conversión de contratos temporales en indefinidos, probablemente, quedaría integrada en esta categoría de medidas⁴⁸. Y su éxito (medido en el número de transformaciones y de recursos públicos invertidos para ello) es un ejemplo paradigmático del potencial de este tipo de estrategias (y de la necesidad de explorar nuevas intervenciones a partir del conocimiento introspectivo de los destinatarios de las normas).

3. Una breve valoración final

Hay numerosas situaciones en las que no somos capaces de ver nuestra deshonestidad o, viéndolas, somos lo suficientemente condescendientes como para no reprochárnosla, describiendo comportamientos jurídicamente ilícitos y, al ser racionalizados, persistentes en el tiempo. No debe sorpren-

⁴² Dan ARIELY, *Por qué mentimos*, op. cit., p. 183.

⁴³ Dan ARIELY, *Por qué mentimos*, op. cit., p. 184.

⁴⁴ Dan ARIELY, *Por qué mentimos*, op. cit., p. 174.

⁴⁵ Dan ARIELY, *Por qué mentimos*, op. cit., p. 191 y 192.

⁴⁶ Cass R. SUNSTEIN, *La conformidad*, op. cit., p. 101.

⁴⁷ Como exponen Richard H. THALER y Cass R. SUNSTEIN (*Un pequeño empujón*, Barcelona, Taurus, 2009, p. 85 y 86), “algunos contribuyentes tienden a violar la ley por la percepción equivocada – seguramente basada en los casos que airean los medios de comunicación – de que el porcentaje de ciudadanos que cumplen la ley es bastante bajo”. Pues bien, como exponen dichos autores, en un experimento llevado a cabo en Estados Unidos (Minnesota) se constató que a los ciudadanos “cuando se les informó [mediante el envío de una carta] de que el cumplimiento de la Ley era en realidad alto, la posibilidad de que defraudaran se redujo”.

⁴⁸ Sin perjuicio de que, al recibir la carta también podría suceder que el riesgo a ser sancionado se percibiera de forma más vívida (a partir de lo que se conoce como sesgo de disponibilidad) y ello contribuyera también a la buscada conversión.

ernos, entonces, que si se dan índices altos de violación de las reglas en una comunidad se reduzca el capital social y ello alimente el comportamiento individual antisocial⁴⁹.

Si no somos capaces de averiguar cómo podemos cambiar el modo de racionalizar o justificar nuestras acciones deshonestas, difícilmente el legislador será capaz de corregir las altas tasas de temporalidad (así como otros muchos conflictos y/o problemas jurídico-laborales o no).

Existe una relación directa entre una capacidad de racionalización amplia y el incremento del factor de tolerancia frente a la deshonestidad. Lo que se traduce en una delimitación de una “zona de confort” propicia para el engaño y el comportamiento desviado. Y, a la inversa, si se restringe la capacidad de racionalización de nuestras acciones, el factor de tolerancia también se ve menguado y, por consiguiente, “las trampas nos incomodan más”⁵⁰.

En la medida que tenemos una gran capacidad para distanciarnos del conocimiento que nos advierte del incumplimiento de las normas, es imprescindible tratar de activar mecanismos que nos hagan reflexionar sobre las dimensiones cívicas implícitas en nuestras decisiones. La clarificación de las normas juega en el engaño un papel destacado, pues, contribuye a limitar la posibilidad de que se racionalice una “interpretación” ilícita como una más de las opciones a nuestro alcance. Aprovechando la fuerza de las cascadas de conformidad, las campañas públicas dirigidas a recuperar la “salud ética”⁵¹ pueden ser un buen complemento a otras actuaciones ya existentes. La exitosa estrategia de las cartas del Ministerio anteriormente descrita (aunque, hoy por hoy, se desconozca si su eficacia será replicable en el tiempo indefinidamente), al menos, ha mostrado que existen instrumentos poderosos y escalables que pueden incidir en las tomas de decisión individual en masa. La inclusión de compromisos éticos con carácter previo a la firma de determinados documentos (es decir, “patrones morales” o “recordatorios en el momento de la tentación”⁵²) también podría contribuir a incrementar nuestra incomodidad al cometer un acto deshonesto⁵³. La virtud de esta estrategia es que todas estas medidas son compatibles con las ya existentes (e, incluso, algunas de ellas, han mostrado una eficacia muy superior).

Creo que, a pesar de esta dolorosa flaqueza humana, quizás, la buena noticia es que podemos hacerla visible y, al identificarla, tratar de controlarla y, en el mejor de los casos, corregirla.

4. Bibliografía citada

- DAN ARIELY, *Por qué mentimos*, Barcelona, Ariel, 2012.
 DAN ARIELY, *Las trampas del deseo*, Barcelona, Booket, 2013.
 ELLIOT ARONSON, *El animal social*, Madrid, Alianza Editorial, 2018.
 IGNASI BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi, Segas y pautas del comportamiento empresarial y temporalidad ilícita, *Iuslabor*, 3, 2019, 114-151.
 JON ELSTER, *La explicación del comportamiento social*, Barcelona, Gedisa, 2010.
 GERD GIGERENZER, *Decisiones instintivas*, Barcelona, Ariel, 2018.
 JONATHAN HAIDT, *La mente de los justos*, Barcelona, Deusto, 2018.
 DANIEL KAHNEMAN, *Pensar rápido, pensar despacio*, Barcelona, Debolsillo, 2012.
 ANASTASIO OVEJERO BERNAL, *Psicología Social*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2015.

⁴⁹ Robert M. SAPOLSKY, *Compórtate*, op. cit., p. 725.

⁵⁰ Dan ARIELY, *Por qué mentimos*, op. cit., p. 55.

⁵¹ Dan ARIELY, *Por qué mentimos*, op. cit., p. 190.

⁵² Dan ARIELY, *Por qué mentimos*, op. cit., p. 221.

⁵³ En este sentido (Dan ARIELY, *Por qué mentimos*, op. cit., p. 50), es muy interesante el efecto que, por ejemplo, tiene el hecho de obligar a las personas a firmar declaración fiscal (experimental) antes que después. En el primer caso, si la firma funciona como recordatorio moral, la tendencia es a engañar menos. En definitiva, “si las personas ponen su nombre en algún tipo de compromiso se ven empujadas a ser más honestas (al menos de forma temporal)”.

- ROBERT M. SAPOLSKY, *Compórtate*, Barcelona, Capitan Swing, 2018.
- CASS R. SUNSTEIN, *La conformidad*, Ciudad de México, Instituto Nacional Electoral, 2020.
- CASS R. SUNSTEIN, *Rumurología*, Barcelona, Debate, 2ª Ed, 2010.
- STUART SUTHERLAND, *Irracionalidad: el enemigo interior*, Madrid, Alianza Editorial, 2ª Ed, 2015.
- RICHARD H. THALER, y CASS R. SUNSTEIN, *Un pequeño empujón*, Barcelona, Taurus, 2009.
- ROBERT TRIVERS, *La insensatez de los necios*, Buenos Aires, Katz, 2013.

El elefante en la habitación: dualidad y costes de despido en España

The elephant in the room: duality and severance costs in Spain

Juan J. Dolado*

Departamento de Economía. Universidad Carlos III de Madrid

ORCID ID: 0000-0003-3790-2457

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2021.6222>

Introducción

Durante el pasado mes de Noviembre de 2020 ví el episodio “Tiempos Modernos” de la nueva temporada de Salvados (la Sexta). En el mismo, el nuevo presentador del programa (Gonzo) recogía por la mañana a la Ministra de Trabajo, Yolanda Díaz, de la puerta del Ministerio y la trasladaba en coche a varias localidades de sur de Madrid donde abunda precariedad y paro. La ministra, muy empática en todo momento, se enfrentó a las quejas y miserias de jóvenes y no tan jóvenes hasta bien entrada la noche cuando el presentador la devolvió a Nuevos Ministerios. Como era previsible para una mujer inteligente y bien curtida en lides sindicales, Díaz reconoció los graves problemas que asolan a nuestro mercado laboral y aportó algunas soluciones en marcha que podrían ser prometedoras.

Me sorprendió, sin embargo, que en ningún momento abordó cual era el origen del problema de nuestra dualidad. Es el *elefante en la habitación* que todos los políticos ignoran. Me refiero a la clase política y no a todo el resto de la sociedad porque muchos investigadores sobre este tema han discutido hasta la saciedad sobre el cáncer de nuestro modelo dual (véase un buen resumen de estas opiniones el Capítulo 7 del informe *España 2050*, 2021). Un país donde machaconamente se firman un 90% (o más) de contratos temporales (CT) al año, las tasas de conversión de CT a contratos indefinidos (CI) no suben del 10%, se reduce drásticamente la duración de los CT (en promedio duran 49 días) y la tasa de temporalidad casi nunca de baja del 25%, no puede seguir así, con pandemia o sin ella.

El hecho de que este tema nunca se aborde seriamente en la larga lista de reformas laborales que llevamos en nuestro país obviamente implica que alguien sale beneficiado del *statu quo* existente. Probablemente, los empresarios piensen que la diferencia en la protección al empleo (días de salario por año trabajado) entre CI y CT sea demasiado alta, incluso tras la reforma de 2012 (de 45/24 días vs 8 días a 33/20 días vs. 12 días). Detrás de ello estas los llamados costes *red tape* por el hecho (asociado a incertidumbre sobre decisiones judiciales) de que los CI puedan ser apelados frente a la magistratura laboral mientras que la finalización de un CT (pero no su rescisión, sujeta a

*dolado@eco.uc3m.es

las mismas normas que los CI) no puede ser objeto de apelación. Otra posibilidad es que la cultura de la temporalidad llevada instalada en nuestra clase empresarial *per secula seculorum*: reduce sus costes laborales y el resto de efectos nocivos (alto desempleo, baja productividad y formación, escasa fertilidad y gran precariedad) no parece afectarles. Debe ser que, al carecer de experiencia empresarial, desconozco alguna razón más profunda que justifique sus prácticas habituales.

Por su parte, los sindicatos saben que su supervivencia depende de los intereses de los trabajadores con CI, que son los que se afilian (aunque cada vez menos) y votan en las elecciones sindicales, y por tanto actúan en consecuencia. Todo ello pese a sus declaraciones públicas en contra de la precariedad, donde parece que el “problema” no va con ellos. Tampoco con el Ministerio que parece seguir apostando por el control del fraude contractual con una plantilla de cerca de 2100 Inspectores y Subinspectores de Trabajo para monitorizar cerca de 20 millones de contratos en un año de actividad económica normal. De ilusión también se vive.

¿Debemos rendirnos y aceptar la situación actual? Personalmente creo que hay que seguir intentándolo, por supuesto desde nuestra investigación, que desde luego no es sagrada pero sí sería que las opiniones ideológicas que frecuentemente se escuchan en los medios.

Contrato Unificado

En un artículo recientemente publicado (véase Dolado, Lalé y Siassi, 2021) nos planteamos analizar cuál sería el tránsito en el mercado laboral en España desde un modelo de contratación con discontinuidad en las indemnizaciones por despido tras un período predeterminado (2 años en nuestro caso), como el vigente en la actualidad, a otro sin discontinuidad, mediante lo que se ha denominado un *contrato unificado*. Las principales cuestiones que intentamos abordar se centran en simular cuáles serían sus efectos sobre las variables claves del mercado laboral en estado estacionario y, sobre todo, durante la fase de transición de un sistema de regulación de la protección al empleo a otro alternativo.

En nuestro modelo hay dos tipos de trabajadores: jóvenes/adultos (denominados “Y”, con edades entre 25-55) y mayores (“O”: 55-64). En consonancia con la amplia evidencia existente para la contratación temporal en España, tras dos años de antigüedad en el mercado laboral, los trabajadores entrantes se enfrentan a costes de despido más elevados (el modelo está calibrado a la economía española de 2005-07, previa a los efectos de la Gran Recesión y a la reforma de 2012 cuando la tasa de paro era del 9% y el gap típico en indemnizaciones era de 45-8=33 días). La elección de este período corresponde a una situación económica que pensamos se ajusta a lo que debería ser en el equilibrio estacionario en tiempos normales: parecernos a Europa. Los trabajadores son aversos al riesgo y pueden ahorrar para suavizar el consumo durante aquellos períodos en que se encuentren parados. Además, tienen derecho a recibir indemnizaciones y prestaciones por desempleo sufragadas con cotizaciones, que también les ayudan a transitar hacia la jubilación en el caso de los trabajadores mayores, cuyas tasas de reempleo son menores por sus mayores salarios de reserva y el avance del progreso tecnológico. Todos los trabajadores también acumulan capital humano en el puesto de trabajo a través de la formación, tienen diferente productividad de entrada, y negocian bilateralmente (a la Nash) sus salarios (parcialmente rígidos por la existencia del SMI y sueldos salariales pactados en convenio) con las empresas.

El modelo calibrado en sus parámetros para reproducir las principales magnitudes (stocks y flujos) del mercado de trabajo pre-Gran Recesión (Tabla 1), se ajusta muy bien a los datos, proporcionando cifras muy similares a las observadas en las tasas de paro y no-empleo (inactividad) para ambos tipos de trabajadores. Una vez calibrado el modelo, el paso siguiente es simular los efectos

contrafactuales de la introducción del contrato unificado de forma no retroactiva, esto es manteniendo la anterior regulación para aquellos períodos de empleo previos a la implementación de la reforma y las reglas de la nueva posteriormente. Dichos efectos se muestran en la Figura 1. Como puede observarse, antes de introducir la reforma, la tasa de destrucción de empleo se dispara al 10% a los 2 años de un contrato pese, aunque el aumento se ya se produce bastante antes, dado que la empresa descuentan la subida en indemnizaciones a pagar a aquellos trabajadores despedidos después de 2 años. Además reducen la formación específica de los trabajadores ante sus escasa estabilidad laboral. Por su parte, estos últimos anticipan que sus empleos están en peligro por la brecha en las indemnizaciones, por lo que reducen sus salarios durante los 2 primeros años para compensar a las empresas por el aumento de sus costes de despido. Sin embargo, no pueden hacerlo en la cuantía necesaria debido a la existencia de rigideces salariales a la baja.

Non-employment rates	Data	Model
unemployment, young workers	9.0	9.7
non-employment, older workers	43.1	36.3
non-employment, all workers	16.5	16.4
Distribution of job tenure	Data	Model
less than 2 quarters	8.7	6.8
2 to 4 quarters	8.8	5.7
1 to 3 years	15.9	15.9
3 to 5 years	13.2	10.9
5 to 10 years	16.5	18.8
more than 10 years	36.9	41.9

Notes: The table provides a comparison between model-generated moments and their empirical counterparts computed from the Spanish Labour Force survey for the years 2005–2007. All entries are expressed in percent.

Tabla 1. Variables laborales en estado estacionario (modelo y datos 2005-2007).

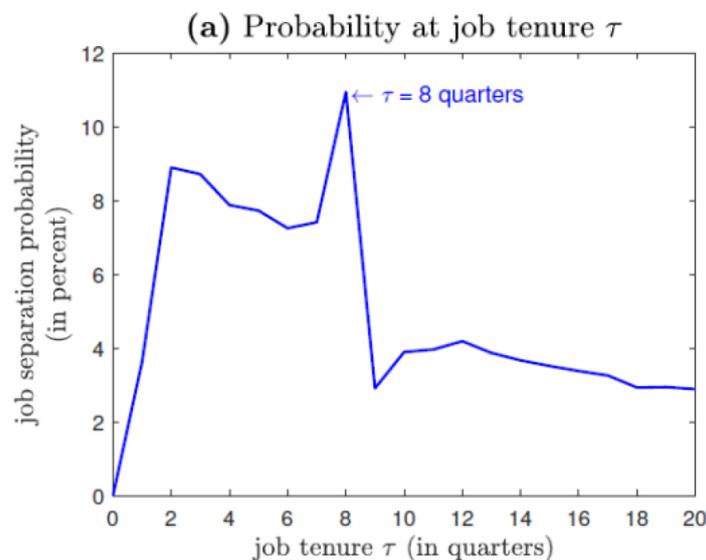


Figura 1. Tasa de destrucción de empleos.

El siguiente paso es obtener el perfil de un contrato unificado que maximice el flujo de bienestar laboral a lo largo de sus carreras profesionales de los nuevos trabajadores que acceden al mercado de trabajo. Con los parámetros adoptados para reproducir los hechos estilizados de las magnitudes laborales antes de la Gran Recesión, encontramos que el contrato unificado óptimo tiene un período de prueba de 5 meses (sin indemnización) con una indemnización posterior de 20 días. En la Figura 2 se muestra el perfil de las indemnizaciones en 2005-2007 (línea continua con, recordemos 8 días antes de 2 años y 45 días posteriormente) y con el nuevo contrato (línea rayada).

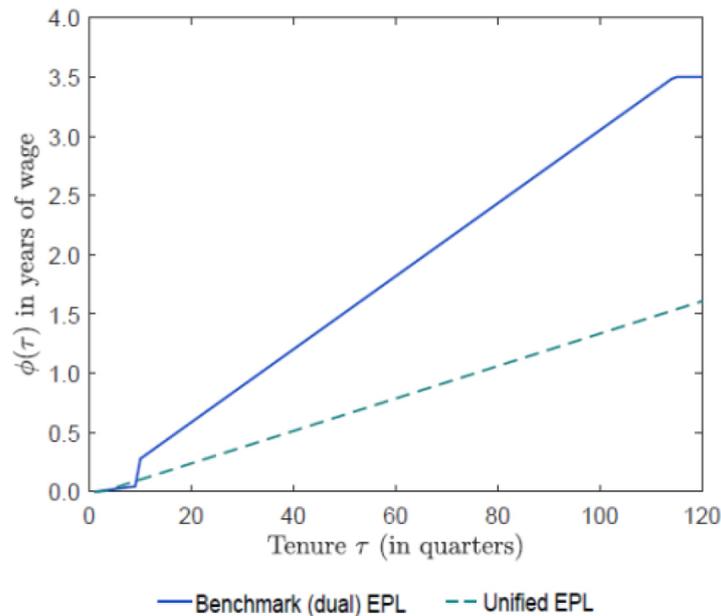


Figura 2. Perfil de indemnizaciones con la antigüedad.

Además, en dicho artículo se demuestra que todas las variables relevantes experimentan un cambio favorable durante la fase de transición que conduce al contrato unificado. Por lo que respecta al nivel de bienestar (medido en unidades de consumo equivalente), éste aumenta en un 1.93% para los trabajadores tipo “Y”, al tiempo que se reduce en un 0.79% para los trabajadores tipo “O”, especialmente entre aquellos con salarios más bajos cuyo despido es más barato. No obstante, la ganancia neta de bienestar es positiva pues la proporción en la población activa de trabajadores tipo “Y” es mucho más alta que la del tipo “O”. La Tabla 2 presenta las ganancias de bienestar y los restantes efectos sobre las variables laborales en el estado estacionario.

En resumen, la aprobación de esta reforma en el sistema de costes de despido conlleva la existencia de ganadores y perdedores, pero las ganancias de bienestar de los primeros son más que suficientes para compensar las pérdidas de los segundos. La razón de este resultado favorable es que las empresas se muestran menos reacias a extender los contratos más allá de 2 años, a la vez que crean más puestos de trabajo y mejoran la formación de sus trabajadores. Es cierto que también destruyen más empleos al reducirse los costes de despido, pero el efecto creación es más fuerte que el efecto destrucción, de manera que aquellos trabajadores que pierden su empleo rápidamente consiguen otro y aumenta la protección por desempleo al incrementarse la recaudación de las cotizaciones sociales con una mayor y más estable tasa de empleabilidad. Todo ello está en línea con el modelo de “flexiseguridad” imperante en los países nórdicos y en parte de los anglosajones.

El modelo también racionaliza la existencia de protección al empleo que aumente con la antigüedad en el puesto de trabajo, ya que los trabajadores “O” con antigüedad larga en el puesto

Aggregate equilibrium variables	Dual EPL	Unified EPL	Change (%)
tightness	1.00	1.27	27.5
payroll tax	9.03	7.41	-18.0
Non-employment and job turnover	Dual EPL	Unified EPL	Change (%)
unemployment, young workers	9.52	7.51	-21.2
non-employment, older workers	33.1	31.3	-5.5
job-finding rate	40.0	50.1	25.3
job destruction, ≤2 years	7.44	6.36	-14.5
job destruction, >2 years	2.22	2.38	7.3
Unemp. duration (young workers)	Dual EPL	Unified EPL	Change (%)
less than 6 months	40.0	50.0	25.0
6 months to 1 year	36.8	36.8	0.1
1 year to 2 years	18.7	11.9	-36.1
more than 2 years	4.48	1.16	-74.1
Welfare in consumption equivalents	Dual EPL	Unified EPL	Change (%)
new entrants	-	-	1.93

Tabla 2. Efectos de introducir un contrato unificado.

de trabajo se enfrentan a menores oportunidades de reemplazo en caso de despido. Investigamos el papel de este mecanismo cambiando la duración esperada de la fase de vejez (durante la cual los trabajadores no reciben ofertas de trabajo). Si una política de *bonus malus* consiguiera reducir los despidos de los trabajadores mayores y acortar de 10 a 5 años el período en que no buscan empleo, entonces la pendiente del contrato unificado óptimo con la antigüedad se reduciría de 20 a 12 días de indemnización por año trabajado, mientras que, si fracasara y dicho período aumentara a 15 años, dicha pendiente subiría a 32 días, sin cambios significativos en el período de elegibilidad que no acarrea indemnización.

Nótese que, para que un modelo sea computacionalmente manejable, se requiere hacer abstracción de algunas cuestiones que pueden ser relevantes en contextos concretos. Por ejemplo, las ventajas comparativas de la economía española en determinados sectores intensivos en CT (la Florida del sur de Europa con fuerte implantación de actividades en construcción, hostelería y el turismo) implica la presencia ineludible de este tipo de contratación en dichos sectores, por lo que el contrato unificado debería coexistir con CT restringidos a aspectos formativos y de sustitución.

Mochila austriaca

Junto a este tipo de propuesta de reforma, muchos expertos (incluyendo el Banco de España en su informe anual de 2020) abogan por la introducción de la denominada mochila austriaca que recibe su nombre de la reforma de la legislación de protección al empleo que tuvo lugar en Austria en 2003 (Kramarz et al., 2021). Todos los trabajos a partir del 1 de enero de dicho año pasaron a estar sujetos a un nuevo sistema de pensiones ocupacionales. A partir del segundo mes de la relación laboral, el empresario debía transferir el 1,53 por ciento del salario actual del trabajador a una cuenta de pensiones que devenga intereses, propiedad de este último. Cuando se agota la relación laboral, ya sea por despido (no disciplinario) o renuncia, dicha cuenta permanece en manos del empleado que puede retirar los fondos tras 3 años de tenencia para su propio uso, bien acumulando más capital humano o complementado su pensión a la hora de la jubilación. El objetivo de esta reforma era fomentar la movilidad laboral al desligar una parte de la indemnización de la antigüedad en la misma empresa, al tiempo que permitía suavizar a lo largo del tiempo las aportaciones de las empresas al fondo de indemnizaciones, en vez de concentrarlas en las fases recesivas del ciclo económico cuando les es más complicado acometer estas obligaciones. El estudio del Banco de España (2021) sobre

este tema encuentra que una aportación de las empresas de 6 días por año trabajado a los fondos individuales de sus trabajadores y una reducción del 50% de los costes de despido y finalización de CT (pasando a 16,5 días por despido improcedente, 10 por despido objetivo y 6 por fin de CT) resultarían ser neutrales respecto a las cuantías recibidas por los asalariados y pagadas por las empresas bajo la legislación vigente. Los costes de la transición de un sistema al otro supondrían unos 9 mil millones de euros que, ante el déficit actual de la Seguridad Social, se aconseja sean financiados con parte de los 140 mil millones de fondos europeos de Nueva Generación (NGEU) que va a recibir España en los próximos seis años.

Tanto la propuesta de modificación de los costes de despido tras la reforma de 2012 como la introducción de la mochila austriaca llevan mucho tiempo encima de la mesa del gobierno y los agentes sociales, sin ningún avance sustancial. Como se ha comentado previamente, la patronal prefiere mantener la rotación continua de los CT como la única vía conocida de reducción de costes laborales en caso de ajuste de plantilla. El grave problema de baja productividad asociada a la inestabilidad de este tipo de contratos no parece importarles demasiado, especialmente en sectores con barreras a la competencia impuestas por las empresas de mayor tamaño en la negociación sectorial. Pese a sus proclamas contra la precariedad, los sindicatos prefieren seguir centrándose en proteger a los asalariados con CI que les aseguran su reelección en un sistema de negociación colectiva con cláusula erga omnes (inédita en los países de la UE), baja representatividad de ambas partes (especialmente empresarial) y escasa afiliación por parte de los trabajadores. Por tanto, en presencia de una resistencia numantina a dichos cambios regulatorios, cortar el nudo gordiano del problema fundamental del mercado laboral en España requiere de otra clase de medidas políticamente factibles que, a la vista de los retos presentes y futuros que afronta nuestro mercado de trabajo, habrán de ser audaces, tipo *big bang*, en vez de tener carácter gradual (Dolado, Felgueroso y Jimeno, 2021).

Nueva clasificación de contratos laborales

En estas circunstancias, una propuesta factible desde el punto de vista de la economía política sería incorporar los contratos eventuales y de obra y servicio (un 56% de los CT en 2020 Q3: 2.22m) a la categoría de CI (16.1m. en la actualidad). En 2018, hubo 262 mil despedidos con CI y 150 mil finalizaron sus CT. Los primeros recibieron una indemnización media de 17mil euros mientras que los segundos percibieron 1.130 euros. Con estas cifras, la indemnización media por despido en dicho año fue de 11.200 euros ($= 17000 \times 262/412 + 1350 \times 150/412$). Si el 56% de los CT pasaran a ser indefinidos (y sin variar la compensación de 12 días por a la finalización de los restantes CT), el coste medio por despido de los trabajadores con CI que mantiene constante la cifra anterior de 11,200 euros de indemnización media pasaría a ser de unos 15.770 euros, frente a los 17 mil anteriores. Para calcular la nueva indemnización se ha supuesto que los contratos de obra y servicio y eventuales tienen una duración un tercio inferior a los de los CI ordinarios. Por tanto, la indemnización por despido objetivo habría de reducirse de 20 a unos 18.5 días ($= 20 \times 15,77/17$) de salario por año trabajado si todos los despidos fueran de esta naturaleza. Si, por el contrario, solamente el 50% de los despidos fueran objetivos, entonces la reducción habría de ser mayor. En efecto, manteniendo los 33 días por despido improcedente, en este caso la indemnización por despido objetivo que resulta neutral en costes es de 14 días, cifra que aumentaría a 16 días si se redujera la proporción de despidos improcedentes al 25% (delimitando más claramente las causas del despido objetivo).

Esta estrategia de abordar el perenne problema de la dualidad en nuestro mercado de trabajo parece estar en línea con la reciente propuesta del Ministerio de Trabajo a los agentes sociales sobre posibles cambios a introducir a la fallida reforma de 2012 en el tema de la excesiva e ineficiente dua-

lidad. Sería muy útil para eliminar de una vez por todas la elevada tasa de temporalidad de nuestra economía que con esta medida pasaría del 24.2% al 10.4%. Sin embargo, se olvida que para que sea políticamente aceptable no puede implicar una subida del actual nivel de costes de despido que sigue a la cabeza de los países de nuestro entorno (p.ej., para un trabajador con 10 años de antigüedad, la indemnización media es de 28,6 semanas frente a 21,7 en Alemania, 14 en Portugal, 8,7 en Francia o 7 semanas en Reino Unido). La realización de cálculos más exactos que los llevados a cabo anteriormente parece ineludible para que la propuesta siga adelante y no tenga que ser impuesta por la Comisión Europea como requisito a la percepción de los fondos NGEU. Solo de esta manera la presencia del elefante se haría perceptible en la habitación.

Referencias

- BANCO DE ESPAÑA (2021). *Informe Anual 2020*.
- DOLADO, J., FELGUEROSO, F. and J. F. JIMENO (2021). "Past, Present and Future of the Spanish Labour Market: When the Pandemic Meets Megatrends" *Applied Economic Analysis*, 29 (85), 21-41.
- DOLADO, J., LALÉ, E. and N. SIASSI (2021). "From Dual to Unified Employment Protection: Transition and Steady State" *Quantitative Economics*, 12 (2), 547-585.
- KRAMARZ, F., MALHEBERT, F., TURON, H., KETTEMANN, A. and J. ZWEIMÜLLER (2021). "Job Mobility and Creative Destruction: Flexicurity in the Land of Schumpeter", *mimeo*.

La espiral de precariedad: desempleo, temporalidad y parcialidad involuntaria en la población joven, 2005-2021

The spiral of precariousness: unemployment, temporary and involuntary part-time in the young population, 2005-2021

Margarita Torre*

Universidad Carlos III de Madrid

ORCID ID: 0000-0002-1051-9717

Recibido: 25/6/2021

Aceptado: 28/6/2021

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2021.6223>

La inserción en el mercado de trabajo es una etapa clave en el ciclo vital de las personas. Estar desempleado o subempleado a una edad temprana puede tener un “efecto cicatriz” en las trayectorias profesionales de los jóvenes, que acabarán enfrentándose a niveles salariales más bajos, menos oportunidades de desarrollo profesional y, en última instancia, pensiones más bajas (OCDE 2016). Los primeros años en el mercado de trabajo son, además, cruciales cuando se trata de tomar decisiones trascendentes, como el abandono del hogar familiar y la formación de familia (Chinchilla *et al.* 2017). Con la crisis global del 2008 se produjo un fuerte incremento del desempleo, un estancamiento en el crecimiento de los salarios y un aumento de la brecha en las habilidades adquiridas y las empleadas en el trabajo, particularmente entre la población más joven (Berry y McDaniel 2020). La reciente emergencia sanitaria por COVID-19 supone un nuevo revés para la sociedad, si bien las repercusiones económicas y sanitarias de la pandemia han sido asimétricas entre los distintos grupos de edad. La población joven corre menos riesgo de desarrollar síntomas graves de salud física relacionados con la COVID-19 que las cohortes de mayor edad. Sin embargo, la recesión económica provocada por los confinamientos les sitúa en una trayectoria incierta a la hora de encontrar y mantener empleos e ingresos de calidad (OECD 2020).

Ante esta realidad, las organizaciones internacionales alertan del incremento de una brecha intergeneracional (OCDE 2020). Los nacidos entre 1985 y 1995 se posicionan en una posición particularmente vulnerable, sufriendo las consecuencias de dos recesiones económicas en un momento clave de su formación y acceso al empleo hasta el punto de que hay quien habla de la generación perdida entre dos crisis. A esto contribuye que los regímenes de bienestar europeos –los cuales incluyen el mercado laboral, sistemas de protección social y redes de apoyo familiares– no están cumpliendo con el principio básico de *justicia intergeneracional*, según el cual todos los grupos de edad deben disfrutar de niveles equivalentes de bienestar económico (Fernández 2017). En consecuencia, el bienestar de los jóvenes y las generaciones futuras suponen un reto de carácter urgente.

En las páginas que siguen examinaremos, de manera concisa, la evolución del empleo juvenil entre 2005 y 2021. Concretamente, nos centraremos la evolución del desempleo, el trabajo tempo-

*mtfernan@clio.uc3m.es

ral y la falta de horas de trabajo. A continuación, examinaremos el impacto del confinamiento en la población joven. El artículo concluye con una breve reflexión sobre la situación de la precariedad juvenil y la necesidad apremiante de reformas estructurales.

Los últimos en llegar, los primeros en irse: evolución del desempleo 2005-2015

La Figura 1 muestra la evolución del desempleo entre 2005 y 2021 para diferentes grupos de edad. En primer lugar, observamos que el desempleo es significativamente mayor en la población joven, particularmente entre los menores de 25. Esto confirma que las dificultades de encontrar un trabajo son mayores para quienes abandonan el sistema educativo a edades muy tempranas (Requena 2016, OECD 2015). En segundo lugar, el porcentaje de desempleados aumentó drásticamente en todos los grupos de edad con el estallido de la crisis global de 2008. Las cifras de desempleo alcanzan valores máximos en 2013, llegando al 56,1% en la población de menos 25 años, 34,4% para los que tenían edades comprendidas entre 25 y 29 y 22,7% para el resto de los trabajadores. A partir de ese momento, coincidiendo con la etapa de recuperación económica, el paro desciende de manera sostenida hasta el año 2019. Finalmente, en 2020, se produce un cambio de tendencia como consecuencia de los confinamientos derivados de la emergencia sanitaria. Entre enero y marzo de 2021, aproximadamente el 40% de los jóvenes menores de 25 que buscaban empleo no lo encontraba (frente al 33% de 2019). Para quienes tienen entre 25 y 29 años, la cifra pasó del 18,6% al 24%. Entre los mayores de 30 años el incremento fue algo menor, de 1,4 puntos porcentuales. En general, los números constatan que los jóvenes son los últimos en entrar al mercado de trabajo, pero son los primeros en salir cuando hay crisis.

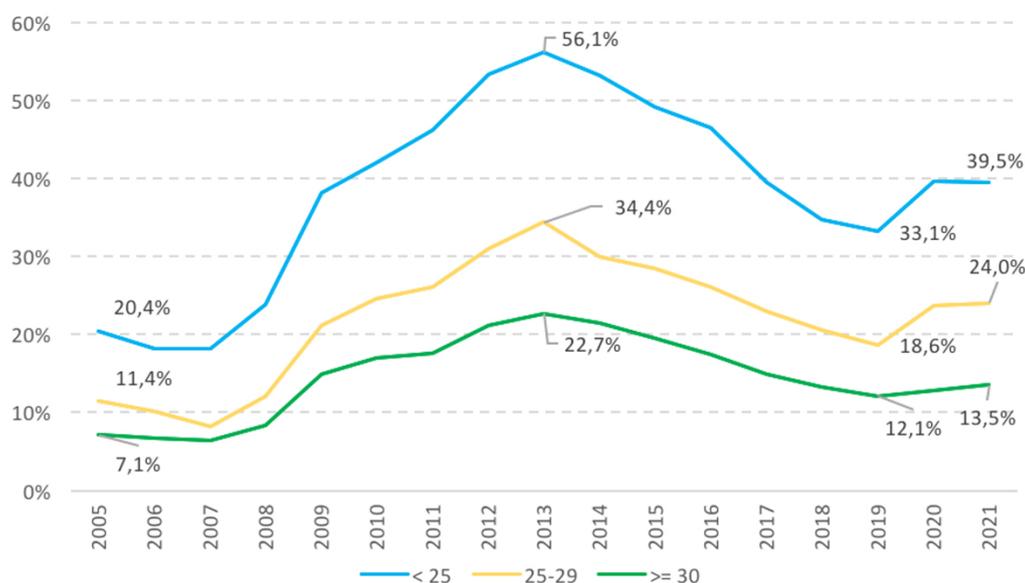


Figura 1. **Porcentaje de población desempleada por tramos de edad, 2005-2021**

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de EPA 2005-2020 (T2) y 2021 (T1)

Con estas cifras, España encabeza la lista de paro juvenil en Europa, lejos del 17,2% registrado en la eurozona el pasado marzo (Eurostat 2021). Además, esta es sólo una cara de moneda, ya que gran parte del empleo juvenil es un empleo precario tanto en términos de estabilidad como de cantidad de horas trabajadas. Las secciones a continuación examinan estas dos cuestiones.

La doble precariedad: empleo temporal y falta de horas de trabajo

En un número anterior de esta misma revista, Daniel Prados (2021) discutía los efectos de las tasas de temporalidad en España. De acuerdo con el autor, las altas y persistentes tasas de temporalidad en España tienen consecuencias negativas tanto en términos de equidad como de eficiencia económica. Según evidencia Prados, aunque la contratación temporal ha venido siendo utilizada desde los 80 como una forma de política de empleo, su uso no ha contribuido a generar más puestos de trabajo. Además, la contratación temporal lleva aparejada una remuneración más baja y los trabajadores temporales reciben menos formación en el trabajo (Cabralés, Dolado y Mora 2017), lo cual puede tener un impacto negativo en la productividad presente y futura de los trabajadores. En lo que respecta al plano individual, el aumento de la temporalidad contractual de los empleos juveniles ha hecho más difícil emanciparse y establecer nuevas unidades familiares (Requena 2006).

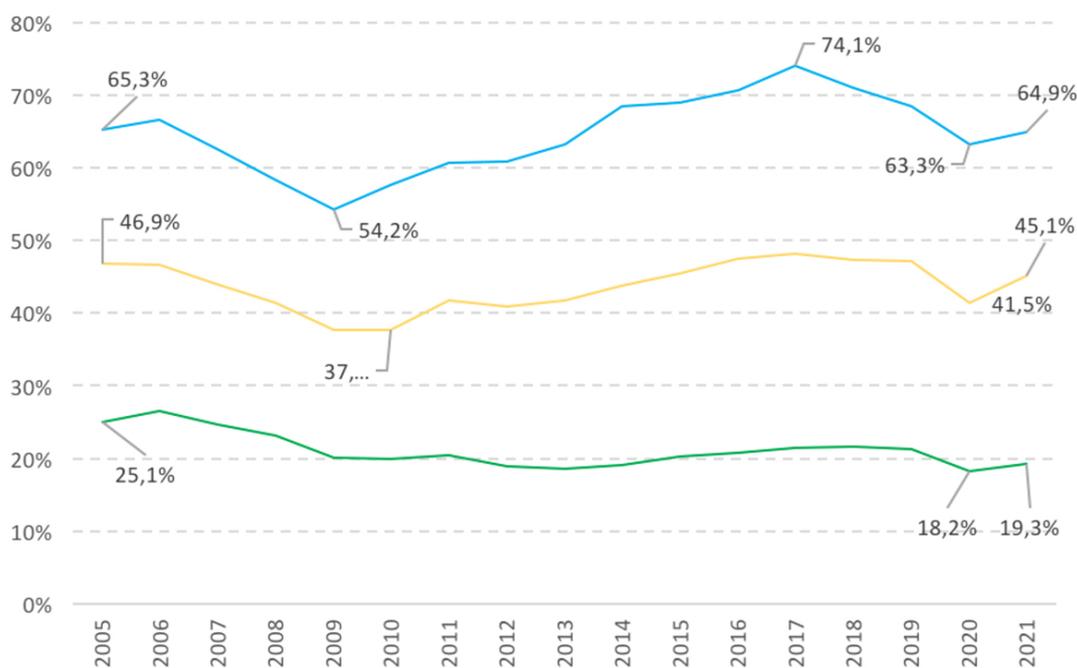


Figura 2. Evolución de la temporalidad por grupos de edad, 2005-2021.

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de EPA 2005-2020 (T2) y 2021 (T1)

La Figura 2 muestra la evolución del empleo temporal entre 2005 y 2021 para tres grupos de edad. Al igual que sucedía con el desempleo, son los más jóvenes quienes sufren unas tasas de temporalidad más elevadas, llegando al 74% (grupo 16-24) y 48% (grupo 26-29) en el año 2017. Entre la población adulta el empleo temporal tiene su máximo en el año 2006 (26,6%), decrece hasta 2009 y, a partir de ahí, se mantiene relativamente constante durante el resto del período. Son los mayores, además, quienes menos han acusado el confinamiento.

Al riesgo permanente que supone encadenar empleos temporales hay que sumar otro gran problema para el desarrollo profesional: la falta de horas de trabajo. En la Figura 3 aparece representado el porcentaje de población empleada a tiempo parcial según género y grupo de edad. La figura arroja dos resultados particularmente interesantes. Por un lado, la contratación a tiempo parcial es mayor entre las mujeres que entre los hombres, independientemente de su edad. Las mujeres de 30 o más años tienen cifras de parcialidad superiores a las de los hombres jóvenes, si bien esa diferencia

se ha ido estrechando en el tiempo. Por otro lado, dentro de cada género, el empleo a tiempo parcial es más común entre los jóvenes que entre los adultos. La población joven, además, han sufrido un incremento más evidente durante el confinamiento, pasando de 29% a de 34% las mujeres y de 17,6% a 19,5% los hombres entre el segundo trimestre de 2020 y el primero de 2021. El impacto del confinamiento ha sido menor para los mayores de 30 años.

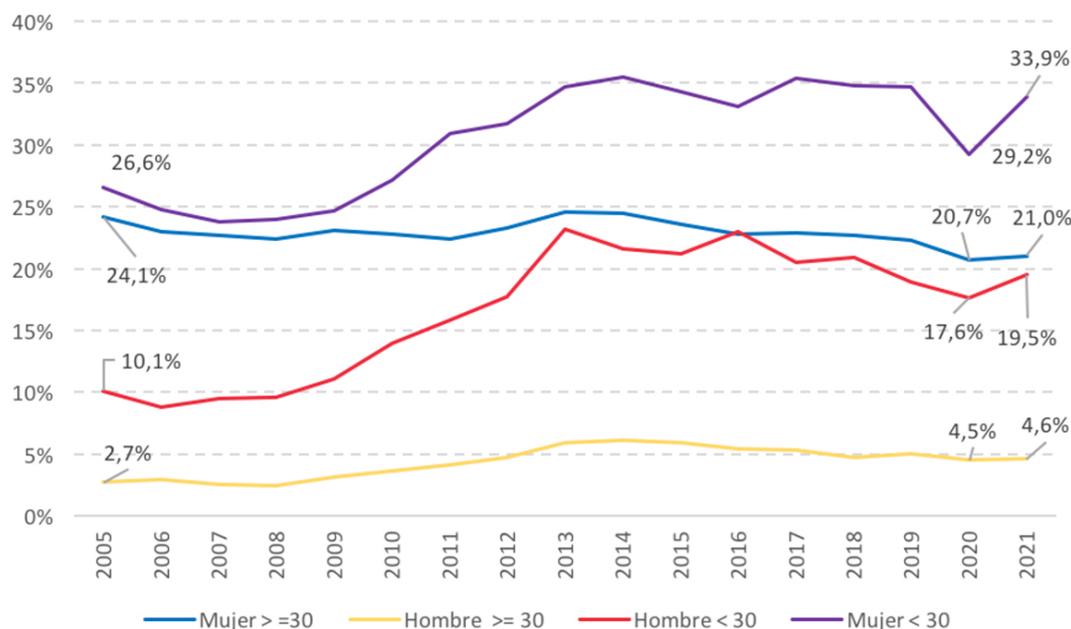


Figura 3. **Porcentaje de trabajadores a tiempo parcial por género y grupo de edad.**

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de EPA 2005-2020 (T2) y 2021 (T1)

En términos globales, España tiene un porcentaje de población empleada a tiempo parcial moderado (14,6%), muy por debajo de otros países como Holanda (50,2%), Alemania (27%) o Noruega (25,8%) (datos de Eurostat 2019). Lo que nos diferencia de estos países es el carácter involuntario que predomina en nuestro país. El trabajo a tiempo parcial puede clasificarse como voluntario o involuntario en función de si las personas eligen libremente trabajar menos de 30 horas a la semana o si lo hacen porque es la única opción disponible para ellos en un momento determinado. Así, trabajar a tiempo parcial puede considerarse beneficioso y preferible para los empleados cuando, por ejemplo, necesitan flexibilidad por cuestiones personales (Green y Livanos 2017). Sin embargo, puede convertirse en involuntario cuando el mercado de trabajo no es capaz de adaptar las preferencias de los trabajadores a las necesidades de las instituciones, lo que conduce a una distribución ineficiente de las competencias y los recursos (Green y Livanos 2017). En España, el 55,43% de los trabajadores a tiempo parcial está insatisfecho por no trabajar a tiempo completo (Eurostat 2019). En el otro extremo se encuentran los Países Bajos, donde sólo el 5,15% de trabajadores a tiempo parcial lo hace de forma involuntaria.

La tabla a continuación muestra los principales motivos por lo que la población joven, hombres y mujeres, trabajan a tiempo parcial. Aproximadamente la mitad de la población joven con empleo trabaja a tiempo parcial porque no encuentran un trabajo a tiempo completo. Esta cifra es algo superior en el caso de las mujeres, que llega casi al 55%, mientras que los hombres se sitúan en torno al 51-52%. Las cifras son similares a las de la población general y no se observan diferencias significativas entre el período pre-covid (2019) y post-covid (2021). El segundo motivo más argüido para trabajar a tiempo parcial es continuar los estudios. El resto lo hacen por otros

motivos, entre los que se incluye el cuidado de niños o mayores enfermos, otras obligaciones familiares y motivos de salud.

	Hombre		Mujeres	
	2019	2021	2019	2021
Continuar con los estudios	34,16	33,7	28,27	29,15
No ha encontrado un trabajo a tiempo completo	51,65	51,27	54,55	54,71
Otros motivos	14,19	15,03	17,18	16,14
N	864	632	1298	892

Tabla 1. **Razones por las que tienen contratos a tiempo parcial**

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de EPA 2005-2020 (T2) y 2021 (T1)

Las altas tasas de trabajo a tiempo parcial involuntario tienen implicaciones importantes, tanto a nivel organizativo como profesional y personal. Desde el punto de vista organizativo, las personas que trabajan menos horas de las que desean muestran menor compromiso afectivo y satisfacción en el trabajo, pudiendo desencadenarse con ello comportamientos laborales que perjudican la productividad, como el absentismo, la impuntualidad, el mal uso del tiempo de enfermedad y otras formas de evasión (Van Emmerik y Sanders 2005, Clark 2001). En el plano profesional, trabajar un número insuficiente de horas está asociado negativamente con los ingresos y con la acumulación de capital humano específico necesario para ser competitivo en el mercado de trabajo y poder negociar una posición mejor. Este es un problema particularmente importante para quienes ocupan puestos en ocupaciones directivas y profesionales, donde las habilidades específicas tienen mayor peso y la formación en el puesto de trabajo resulta imprescindible para promocionar (Budig y England 2001). Por último, el desajuste entre horas deseadas y trabajadas tienen importantes consecuencias para el bienestar personal. A este respecto, las investigaciones señalan que las personas que trabajan menos horas de las que desearían son propensas a tener una menor autoestima (Prause y Dooley 1997). Además, al igual que otras formas de precariedad ya mencionadas, puede provocar retrasos en la edad de emancipación y la postergación, incluso renuncia, de la maternidad (Torre 2020). Por un último, es importante tener en cuenta que este no es sólo un problema de cantidad, sino de intensidad. Entender la magnitud el asunto requiere tomar en consideración el tamaño de la brecha entre horas trabajadas y deseadas, porque desear trabajar 3 horas más por semana no tiene las mismas implicaciones que querer trabajar 10, 15 o 20 horas más. De acuerdo con un estudio reciente llevado a cabo por el Observatorio Social de “la Caixa”, el déficit de horas trabajadas pasó de 13,3 en el año 2000, a casi 18 en 2018 (2020).

¿En qué tipo de ocupaciones prolifera la escasez de horas de horas de trabajo? ¿Qué formas de empleo aumentan la brecha entre las horas reales de trabajo y las horas deseadas? La Tabla 2 a continuación muestra el efecto marginal del tipo de ocupación y la modalidad de contrato en la probabilidad de querer trabajar más horas, una vez descontados los efectos sociodemográficos como el género, edad y nivel educativo y nacionalidad. Los trabajadores manuales, o de cuello azul, tienen un 15,2% más de probabilidad de desear trabajar más horas que quienes están empleados en ocupaciones de cuello blanco – directivos y profesionales. En las ocupaciones administrativas o relacionadas con el sector servicios, también conocidas como ocupaciones de cuello rosa por su alta concentración de mujeres (Howe 1977) la probabilidad es 5,5% superior que en las de clase alta. La composición de género de las ocupaciones también es un factor determinante a la hora de explicar la falta de trabajo. En coherencia con lo visto en la Figura 3, en las ocupaciones típicamente femeninas (aquellas en las que más del 66% de las trabajadoras son mujeres) la probabilidad de querer trabajar más horas en un 6% que en las masculinas (menos del 33% de mujeres). Estas diferencias

de género en las horas de trabajo remunerado se traducen en diferencias de género en la experiencia, los ingresos y las oportunidades de promoción futuras (Budig y England 2001). La diferencia entre ocupaciones masculinas y neutras es menor (2%) pero aún estadísticamente significativa. En lo que se refiere a la situación contractual, existe una diferencia de 8 por ciento entre jóvenes con contrato temporal e indefinido, aunque la mayor diferencia se encuentra en los que tiene contrato parcial. Tener un empleo a tiempo parcial incrementa un 36% la probabilidad de querer más horas frente a quienes tienen un contrato indefinido. Las desventajas, pues, son acumulativas.

	Incremento en la probabilidad de querer más horas
Ocupaciones directivas y profesionales:	
Ocupaciones administrativas y de sector servicios	5,5%
Ocupaciones manuales	15,2%
Ocupación masculina (< 33% mujeres):	
Ocupación neutra (33% - 66% mujeres)	2,0%
Ocupación femenina (> 66% mujeres)	6,0%
Contrato indefinido:	
Temporal	8,0%
Contrato a tiempo completo:	
Tiempo parcial	36%

Tabla 2. **Efecto marginal de las características ocupacionales y contractuales en la probabilidad de querer trabajar más horas ***. Asalariados menores de 30 años.

* Modelo de regresión logística. Incluye controles por edad, nivel educativo, nacionalidad, estatus ocupacional, composición de género de la ocupación, tipo de contrato y tipo de jornada laboral.

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de EPA 2021 (T1).

El impacto de la covid-19 en la población joven trabajadora

Según un sondeo llevado a cabo por la Fundación Europea de Estudios Progresistas en el año 2018, más del 60% de los encuestados cree que los jóvenes tendrán una vida peor a la de sus padres. La encuesta, además, revelaba la existencia de una brecha entre la Generación X (nacidos entre 1961 y 1981) y la Generación Y (nacidos entre 1981 y 2000, más conocidos como *millennials*). Cuando se les preguntó sobre el futuro del mercado de trabajo los primeros se mostraron esperanzados, mientras que los últimos se mostraron más temerosos. De hecho, la generación *millennial* fue la única que no se señaló a sí misma al responder “quién ha vivido/vivirá mejor”. Independiente de si esta autopercepción se corresponde o no con la realidad, la presencia de un temor sobre el futuro puede tener un impacto real y negativo en su rendimiento profesional, así como en su salud física y mental (Richter et al. 2020).

El Informe Juventud en España 2020 (INJUVE 2020) señala que uno de cada cuatro jóvenes ve muy probable perder su trabajo en un plazo 12 meses, y uno de cada tres jóvenes en búsqueda activa de empleo no cree que vaya a encontrarlo. Las cifras corresponden al año 2019 y dan cuenta del grado de inseguridad con el que la generación joven se ha enfrentado la nueva crisis, acorralados por la temporalidad y el empleo a tiempo parcial. La visión más pesimista la tenían las mujeres, los y las jóvenes con nivel educativo más bajo y quienes estaban empleados en los sectores más precarios ¿Cuál ha sido el impacto de emergencia sanitaria en la situación laboral de los jóvenes? ¿Cómo la han resistido? Entre el 7 y el 23 de julio de 2020, el Instituto de la Juventud (INJUVE) llevó a cabo un sondeo para evaluar el impacto de confinamiento en la población joven. El estudio consistió en

1.202 entrevistas telefónicas a jóvenes entre 16 y 30 años con el objetivo de examinar cómo ha afectado el confinamiento a su situación vital, incluyendo su realidad laboral. En la Tabla 3 se recoge el efecto del confinamiento en el trabajo diferenciando por género y estatus ocupacional. De acuerdo con los resultados en Tabla 3, algo más del 16% de jóvenes ha perdido su empleo durante la etapa de confinamiento. Esta cifra es significativamente mayor para las mujeres (18,7%) que para los hombres (13,3%) y entre los trabajadores de clase media y baja (18,6% y 18,5%, respectivamente) que entre los de clase alta (10,1%). Este patrón se repite entre los afectados por los ERTE. En general, 6 de cada 10 jóvenes en puestos de alto estatus (directivos y profesionales) no se han visto afectados por el confinamiento, frente al 40% de sus homólogos en ocupaciones de clase media y baja.

	Todos	Género		Estatus ocupacional		
		Mujer	Hombre	Directivos y profesionales	Ocupaciones administrativas y del sector servicios	Ocupaciones manuales
No me ha afectado	47,7	45,7	50,0	63,1	40,2	44,4
He hecho uso de mis días de vacaciones	1,5	1,6	1,4	1,2	1,4	2,8
Me han aplicado un ERTE	24,1	26,4	21,6	13,7	30,4	25,0
Soy autónomo/a y he cesado mi actividad	3,9	2,9	5,0	3,6	3,7	3,7
He perdido el empleo	16,2	18,7	13,3	10,1	18,6	18,5
Otros	6,6	4,8	8,6	8,3	5,7	5,6

Tabla 3: **Cómo ha afectado el confinamiento a la situación laboral de los jóvenes.**

Fuente: Elaboración propia a partir del Sondeo covid-19 (INJUVE 2020)

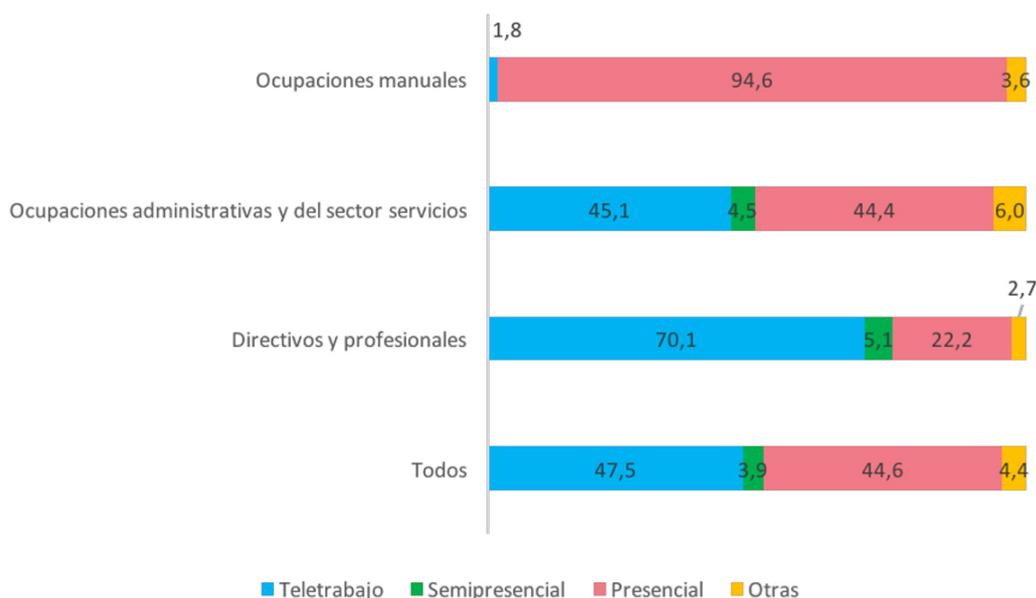


Figura 4. **Modalidad de empleo durante el confinamiento.**

Fuente: Elaboración propia a partir de la Encuesta Covid-19 INJUVE 2020.

Las diferencias de clase en la pérdida de empleo están, en gran medida, relacionadas con la modalidad de trabajo durante el confinamiento. De acuerdo con la Figura 4, el teletrabajo ha sido la modalidad predominante entre quienes ocupan puesto de alto estatus (directivos y profesionales).

Esta modalidad no sólo previene el riesgo de empleo, sino que es la que reduce en mayor medida el riesgo de contagio (Gascon 2020). Entre las ocupaciones administrativas y del sector servicios el trabajo se ha repartido entre modalidad presencial y teletrabajo, mientras que para los trabajadores manuales el teletrabajo no es una opción. En consecuencia, los empleados de clase baja no sólo se ha perdido más empleo, como se veía en la Tabla 3, sino que se han visto más expuestos a una situación de riesgo para su salud.

En general, los datos confirman que la crisis COVID-19 está teniendo un mayor impacto en algunos trabajadores que en otros. Las mujeres y los trabajadores precarios se encuentran entre los que corren mayor riesgo de desempleo y pobreza. Suelen tener empleos menos seguros y no cualificados y están muy representados entre los trabajadores de los sectores más afectados por la crisis, como el turismo y la restauración. Desde el punto de vista sanitario, también han sido los más expuestos, puesto que a menudo sus ocupaciones se han considerado esenciales.

Reflexiones finales: Un problema estructural que requiere problemas estructurales

La recesión económica provocada por la COVID-19 ha cristalizado la espiral de precariedad y falta de empleo juvenil que se había iniciado con la crisis del 2008. Cada vez más, los jóvenes se enfrentan a dificultades para encontrar y mantener empleos de calidad, y la brecha intergeneracional se engrosa. Los datos, además, apuntan a un incremento de las diferencias intrageneracionales, con los trabajadores de bajo y medio estatus más propensos a sufrir más temporalidad y un déficit de horas de trabajo que no garantiza un sueldo mínimo necesario para emanciparse y formar una familia.

Alcanzar mayores niveles educativos resulta, sin duda, un eficaz protector frente al riesgo de desempleo y un potente catalizador de la clase social (Requena 2016, OECD 2015). Sin embargo, mejorar el acceso a la educación terciaria es insuficiente para erradicar la desigualdad y precariedad laboral entre los jóvenes. El problema del trabajo precario obedece a causas estructurales y, en consecuencia, necesita soluciones estructurales. Prueba de ello es la sobreeducación continua presente en la realidad laboral de nuestro país (Pascual Sáez et al. 2015). La Figura 5 muestra la distribución de jóvenes universitario y no universitarios según estatus ocupacional (valor promedio 2005-2021). Casi un 40% de

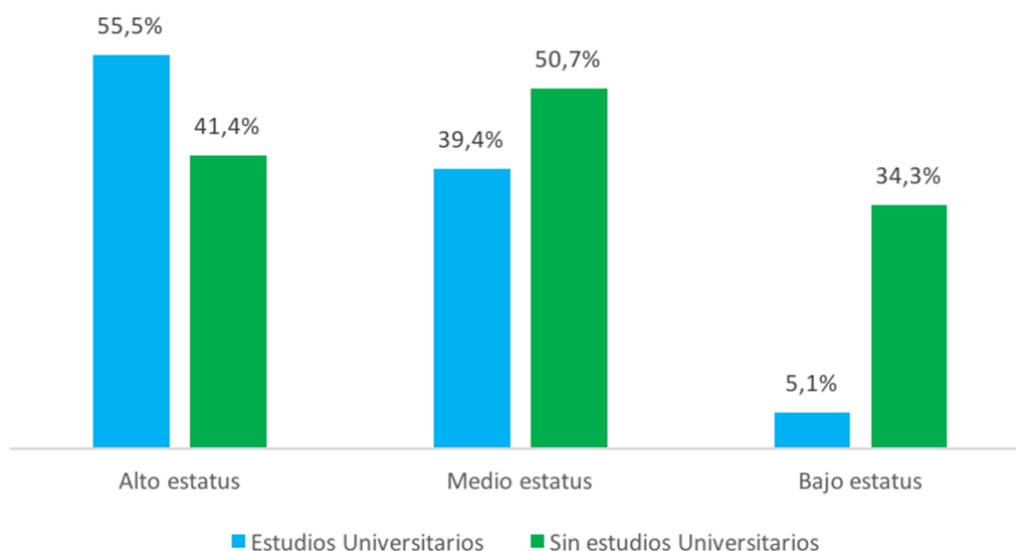


Figura 5. Población joven con y sin título universitario según estatus ocupacional. Promedio 2005-2021.

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de EPA 2005-2020 (T2) y 2021 (T1).

la población joven con estudios superiores ocupa puestos administrativos o relacionados con el sector servicios como, por ejemplo, administrativos sin tareas de atención al público, agentes y representantes comerciales y camareros/as asalariados. Un 5% adicional trabaja en ocupaciones manuales poco cualificadas, principalmente como personal de limpieza de oficinas, hoteles y otros establecimientos similares, empleadas domésticas, *peones* de la construcción y de la minería y reponedores.

Andreas Schleicher, creador del informe PISA, denunciaba recientemente en una entrevista concedida a el periódico El País la dificultad de los jóvenes españoles con titulaciones universitarias avanzadas para encontrar un buen trabajo (Zafra 2021). El experto resaltaba que, paradójicamente, los empleadores españoles dicen que no encuentran a las personas con las habilidades que necesitan. En otras palabras, el sistema educativo fracasa a la hora de formar para las nuevas necesidades.

La solución pasa por acometer reformas estructurales tanto del mercado de trabajo como del binomio trabajo-escuela: reducir la temporalidad en el empleo, garantizar las horas de trabajado necesarias y (re)diseñar el sistema educativo para garantizar el ajuste entre las habilidades adquiridas y las habilidades demandadas por el mercado de trabajo. Además, es importante reorientar las actuaciones del estado de bienestar para cumplir con el principio de justicia intergeneracional, garantizar el bienestar de las generaciones jóvenes y contribuir a reducir la brecha de clase social.

Bibliografía

- BERRY, C.; McDaniel, S., “Post-crisis precarity: Understanding attitudes to work and industrial relations among young people in the UK”. *Economic and Industrial Democracy*, 2020
- CABRALES, A.; DOLADO, J.J.; MORA, R., “Dual employment protection and (lack of) on-the-job training: PIAAC evidence for Spain and other European countries” *SERIEs* 8, 345–371. 2017. <https://doi.org/10.1007/s13209-017-0166-9>
- CHINCHILLA, N.; JIMÉNEZ, E.; GRAU, M., “Maternidad y trayectoria profesional en España: análisis de las barreras e impulsores para la maternidad de las mujeres españolas”, *IESE Business School – ORDESA (ST-444)*, 2017
- CLARK, A. E., “What really matters in a job? Hedonic measurement using quit data”, *Labor Economics*, 8, 2001
- DOOLEY, D., PRAUSE, J.; HAM-ROWBOTTOM, K. A., “Underemployment and depression: longitudinal relationships”, *Journal of Health and Social Behavior*, 41, 2000
- EUROSTAT. Euroindicators. 2021. <https://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/11563067/3-30042021-CP-EN.pdf/5e5aae01-e15d-b8bd-71fb-4096b88f4120?t=1619705933576>
- FERNANDEZ, J.J. “Evolución comparada de la pobreza infantil, juvenil, y de los mayores en Europa”, *Observatorio Social de “la Caixa”*. 2017
- GASCON, G., “COVID-19: Which workers face the highest unemployment risk?” *St. Louis Federal on the Economy*, March 23 2020.
- GREEN, A. E.; LIVANOS, I., “Involuntary non-standard employment in Europe”. *European Urban and Regional Studies*, 24 (2): 175-192. 2017
- HOWE, L. K., “Pink collar workers: inside the world of women’s work”. *New York: Putnam*. 1977
- JACOBS, J.A., GERSON, K., “*The time divide: work, family, and gender inequality*”, Cambridge, MA: Harvard university press. 2001
- OECD, “Education at a Glance Interim Report: Update of employment and educational attainment indicators” París: OECD, 2015. <http://www.oecd.org/edu/eag-interim-report.pdf>
- OECD, “Society at a Glance”, 2016. <https://doi.org/10.1787/19991290>.
- OECD, “Youth and Covid-19: Response, recovery and resilience”. 2020. <https://read.oecd-ilibrary>.

- org/view/?ref=134_134356-ud5kox3g26&title=Youth-and-COVID-19-Response-Recovery-and-Resilience&_ga=2.186501033.146659613.1624271104-965303261.1624271104
- OECD, “Youth and Covid-19: Response, recovery and resilience”, 2020. https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=134_134356ud5kox3g26&title=Youth-and-COVID-19-Response-Recovery-and-Resilience
- PASCUAL SÁEZ, M., GONZÁLEZ-PRIETO, N., CANTARERO-PRIETO, D., “Is Over-Education a Problem in Spain? Empirical Evidence Based on the EU-SILC”. *Social Indicators Research*, 126: 617–632. 2016
- PEREZ DEL PRADO, D., “El caldo de cultivo para un pacto social. Algunos datos para reformar el mercado de trabajo en España”, *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social* 2(1):137-151. 2021.
- REQUENA, M., “El ascensor social. ¿Hasta qué punto una mejor educación garantiza una mejor posición social?”, *Observatorio Social de “la Caixa”*. 2016.
- REQUENA, M., “Juventud y dependencia familiar en España”, *Revista de Estudios de Juventud*, 58:19-32. 2002
- TORRE, M., “Desajustes entre las horas trabajadas y deseadas en la población joven. Un análisis de la evolución e España, 2000-2018”, *El Observatorio Social*, Fundación “la Caixa”. 2020
- VAN EMMERIK, I.J.H.; SANDERS. K., “Mismatch in Working Hours and Affective Commitment: Differential Relationship for Distinct Employees Groups.” *Journal of Managerial Psychology* 20(8):712-726. 2005.
- ZAFRA, I., (junio 18, 2021). El creador del informe PISA “La educación en España prepara a los alumnos para un mundo que ya no existe”. *elpais.com* <https://elpais.com/educacion/2021-06-18/el-creador-del-informe-pisa-la-educacion-espanola-prepara-a-los-alumnos-para-un-mundo-que-ya-no-existe.html>

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

¿El ser humano al servicio de la tecnología?

Reflexiones a propósito de la obra de Anna Ginés i Fabrellas, ‘El trabajo en plataformas digitales. Nuevas formas de precariedad laboral’, Navarra: Aranzadi, 2020.

DOI: <https://doi.org/10.20318/labos.2021.6224>

La representación del ser humano como un ente subordinado y controlado por la tecnología es un argumento recurrente en obras de ciencia ficción distópicas, en las que las máquinas han tomado el control y han construido una nueva civilización en la que la humanidad es tan solo otra materia prima más. Este argumento, en apariencia de fantasía, parece más real a la vista de la lectura del excelente trabajo de la profesora Ginés i Fabrellas.

El desarrollo de la tecnología ha alcanzado tal grado de perfeccionamiento que ha posibilitado que muchos negocios se funden sobre la premisa de un exceso de oferta de mano de obra humana y sobre la devaluación de condiciones laborales propiciada por dicha abundancia. Es cierto que el fenómeno no es nuevo. En los inicios de la revolución industrial, el éxodo del campo a las ciudades, en búsqueda de nuevas oportunidades, ya posibilitó que las industrias pudieran reducir las condiciones salariales ante el exceso de oferta de mano de obra que se producía en las nuevas urbes.

Sin embargo, existen diferencias sustanciales entre la primera industrialización y el desarrollo de las nuevas formas empresariales tecnológicas del presente. A comienzos del siglo XIX la amplia oferta de mano de obra quedaba limitada geográficamente, a pesar del incremento de la población en las ciudades, pues las personas trabajadoras disponibles estaban restringidas por las fronteras y por el deficiente desarrollo de los medios de transporte de la época. Asimismo,

las rentas que compensaban el trabajo debían posibilitar la subsistencia de las personas trabajadoras, ya que, con carácter general, eran su única fuente de ingresos, exigencia que, desde luego, fue ganando relevancia con el avance del movimiento obrero. En la actualidad, la oferta de mano de obra humana requerida por las plataformas digitales es inagotable y fácilmente intercambiable. Internet posibilita que estas empresas puedan contar con un número casi infinito de potenciales trabajadores y trabajadoras, no sujetos a fronteras, ni necesitados de desplazamientos; que realizan tareas sencillas, más o menos mecánicas, que requieren escasa especialización y, por tanto, son fácilmente sustituibles. Por otra parte, las rentas recibidas por el desarrollo de estas labores, con carácter general, suelen ser adicionales a las obtenidas por otras actividades principales. Por ello, las pequeñas cantidades satisfechas por su desempeño no suelen ser consideradas como un problema especialmente relevante por las personas trabajadoras de estas plataformas.

En el contexto descrito, resulta de absoluta necesidad diferenciar entre distintos tipos de empresas de raíz tecnológica. Es habitual el uso de dos términos —empresas de economía colaborativa y empresas de la *gig economy* o plataformas digitales—, que en muchas ocasiones se emplean como sinónimos, pero que, en realidad, no lo son. La diferencia entre ambos tipos, cómo se pone de manifiesto en el primer capítulo de la monografía que se reseña, radica

en la existencia o no de la oferta de un servicio de consumo y, por tanto, en la ausencia de ánimo de lucro en la prestación por parte de las empresas colaborativas y en la presencia del mismo en las actividades de las plataformas de la *gig economy*.

Las empresas de la economía colaborativa utilizan la tecnología para generalizar entre desconocidos relaciones de complacencia, que anteriormente quedaban limitadas a los ámbitos familiares y de amistad. Ejemplo de empresas colaborativas serían la plataforma Blablacar, que permite a las personas usuarias compartir coche y gastos de desplazamiento, o la empresa Fon, que permite compartir gratuitamente redes wifi. En cualquier caso, no altera la naturaleza colaborativa de la empresa la circunstancia de que esta haya desarrollado un modelo de negocio en el marco de este tipo de economía. Es decir, no es obstáculo para seguir reconociendo a una empresa dentro de la economía colaborativa que estas puedan llegar a obtener, por ejemplo, rendimientos publicitarios por la actividad de los consumidores del servicio ofrecido, siempre que las relaciones entre los usuarios se mantengan en el plano del intercambio y la cooperación.

Las empresas de la *gig economy*, por su parte, ofrecen bienes y servicios de consumo, con ánimo de lucro, valiéndose de una app o de plataformas web. Como ejemplo de este tipo de corporaciones cabría citar, entre otras, a Uber, en el transporte de personas; Glovo, dedicada al servicio de reparto de comida a domicilio con carácter principal; o TaskRabbit, dedicada a la realización de tareas o recados.

La presencia trascendental del elemento tecnológico en ambos tipos de empresas –las de economía colaborativa y las de la *gig economy*– no supone automáticamente la obsolescencia del Derecho del Trabajo o, al menos, no más que en las actividades empresariales tradicionales. Aunque, en opinión de la Profesora Ginès, quizás sí pudiera ser necesaria la aprobación de normas específicas para disciplinar una nueva realidad colaborativa-tecnológica, ello es innecesario en el caso de las plataformas de la *gig economy*. Desde luego debe compartirse que la ausencia de una regulación específica sobre estas últimas no supone la ausencia de regulación y

que, por tanto, las empresas de la *gig economy* deben recibir el mismo tratamiento jurídico que aquellas empresas que desarrollan las mismas actividades económicas, pero sin el factor tecnológico. Todo ello, ciertamente, no excluye que sea necesario y recomendable actualizar el lenguaje y los derechos recogidos en el Estatuto de los Trabajadores. En términos gráficos, cuando en nuestro país existen casi 50 millones de líneas móviles con conexión de banda ancha a internet –mientras que la población activa es de casi 23 millones de personas según la última encuesta de población activa del Instituto Nacional de Estadística–, es insostenible que la representación de los trabajadores en nuestro país se siga construyendo sobre tablones de anuncios de corcho (ex artículos 67, 74 o 81 ET), en lugar de potenciar su digitalización.

Una vez resuelta la diferencia entre la economía colaborativa y la *gig economy* y antes de abordar el objeto central de la investigación, el muy interesante y necesario estudio de las características del trabajo en las plataformas digitales, la monografía evidencia que estas compañías son una realidad plural. Dentro de las cuales es posible diferenciar dos modalidades, en primer lugar, las plataformas de trabajo a demanda, que se desarrollan fundamentalmente en entornos urbanos; y, en segundo lugar, las plataformas de micro tareas, que pueden prestarse completamente de forma virtual.

En cualquier caso, a pesar de los matices en el desarrollo del modelo de negocio, todas las plataformas digitales de la *gig economy* comparten cuatro características comunes. En primer lugar, ofrecen sus servicios a través de una aplicación informática, este elemento innovador facilita la rápida conexión entre oferta y demanda. Asimismo, todas establecen de forma unilateral los términos y condiciones de acceso a la plataforma, tanto para los consumidores como para sus trabajadores –estos términos incluyen, entre otros aspectos, el coste del servicio o la forma de pago–. En tercer lugar, disponen de un sistema que permite a los usuarios valorar la calidad del servicio en su conjunto y, de forma específica, la de las personas que trabajan a través de la plataforma. Ello busca potenciar la confianza de los usuarios de las plataformas,

pero sobre todo persigue obtener información con la que adoptar decisiones organizativas, cómo, por ejemplo, la desconexión de aquellos trabajadores que no alcancen una puntuación mínima. Finalmente, es una práctica habitual en estas plataformas incluir en los contratos de los trabajadores cláusulas que excluyan expresamente la laboralidad del vínculo que los enlaza, estableciendo que la prestación de servicios se realiza en términos de autonomía.

La prestación de servicios descrita muestra unas evidentes ventajas. Quizás la principal de todas ellas sea la reducción generalizada de gastos operativos. Que incluye tanto los laborales –pues como se ha señalado este tipo de plataformas, de forma justificada o no, incorporan a trabajadores en régimen de autonomía, lo que reduce sensiblemente los costes sociales–, como los de gestión de la oferta y la demanda –ya que esta se relaciona y equilibra de forma automática en la propia aplicación–.

Además de que su actuación requiere menores inversiones que los de las empresas tradicionales, sus beneficios también son mayores. En este sentido, una vez desarrollada la idea de negocio, la exportación de la app a nuevos mercados internacionales no tiene prácticamente gastos asociados. Ello explica la rápida internacionalización y el crecimiento de estas empresas. El mejor rendimiento económico de las plataformas digitales también se justifica por los propios datos que los usuarios suministran a las mismas a través del uso de sus aplicaciones. Cuanto más se utilizan estas, mayor será la información que las empresas recaben y ello les permitirá ofrecer nuevos productos u ofertas de interés que, a su vez, incrementarán sus cuentas de resultados. Asimismo, la economía de escala de estas plataformas y la reducción de costes, ya indicada, posibilitan ofrecer servicios a precios razonables para toda la población –como transporte privado, comida o limpieza a domicilio–. Finalmente, no puede dejar de reconocerse que estas empresas han introducido nuevas oportunidades de empleo flexible y dinámico para un sector de la población que demanda este tipo de actividades, al permitir la rentabilización de tiempos infrutilizados y su compatibilidad con otras actividades.

La clara objeción que puede expresarse frente a este modelo de negocio, pese a las ventajas enunciadas, es que provocan un trabajo precario y contribuyen de manera decisiva, como se pone de manifiesto en el capítulo quinto, a la denominada uberización de la economía. Es decir, a la reducción de los estándares de protección laboral y social de los Estados del bienestar europeos.

La imposición de condiciones laborales negativas –como, por ejemplo, los contratos por minutos, días o incluso por cero horas; la no asunción de la prevención de riesgos laborales por la empresa o las conductas antisindicales desarrolladas para evitar la organización colectiva de las personas trabajadoras– está articulada sobre la huida del Derecho del Trabajo. Es decir, bajo la falsa premisa de que los sujetos contratados por estas plataformas son trabajadores autónomos. Sin embargo, la investigación recogida en la monografía permite constatar que la prestación de servicios en estas plataformas se realiza con carácter general en régimen de dependencia y ajenidad.

Es cierto que ello no es una verdad inmutable y que es posible configurar un modelo de negocio digital empleando a verdaderos trabajadores autónomos. No obstante, lo cierto es que las plataformas digitales de la *gig economy*, al menos, hasta el momento, han optado por construir su modelo de negocio a partir de unas variables que en nuestro ordenamiento solo son compatibles con el trabajo por cuenta ajena. En este sentido, los capítulos tercero y cuarto realizan una nueva aproximación en el entorno digital a los conceptos de trabajador por cuenta ajena y de empleador. Para ello identifican la dirección algorítmica como manifestación de subordinación y la tecnología como verdadera infraestructura productiva.

El trabajo en las plataformas digitales es subordinado, pues las direcciones empresariales de las mismas fijan unas instrucciones suficientes para mantener el control sobre la organización del trabajo. Así, determinan, por ejemplo, los turnos o las tareas que pueden elegir los trabajadores en función de la evaluación permanente que realiza la compañía de ellos o establecen la manera en la que estos deben desarrollar su activi-

dad. En segundo lugar, las plataformas digitales hacen uso de las evaluaciones de los clientes y de sistemas de geolocalización y de control digital como fórmula de control empresarial. Lo que les permite incluso llegar a despedir a los trabajadores que no superan la media de evaluaciones determinada por la compañía. Finalmente, a pesar de considerarles trabajadores autónomos, de forma generalizada estas plataformas prohíben en nuestro país la subcontratación/sustitución de la actividad sin el visto bueno de la dirección. Este comportamiento, sin duda, debe interpretarse como un indicio de dependencia. No obstante, este patrón de conducta se ha comenzado a romper en otros Estados. En concreto en el Reino Unido, donde Deliveroo permite a sus repartidores subcontratar los envíos aceptados. Dicha modificación del contrato de relación con sus trabajadores ha provocado que el Tribunal de Apelaciones concluya que la prestación de servicios se ejecuta en términos de autonomía y por cuenta propia (Case C1/2018/3104, 24 de junio de 2021). El confuso pronunciamiento, sin embargo, no tiene en cuenta que en la práctica la sustitución es prácticamente imposible por las limitaciones impuestas por la propia empresa.

El segundo de los requisitos nucleares para constatar la existencia de un trabajador, la ajenidad, también está presente en la forma en la que las plataformas han organizado su actividad. Es cierto que las personas trabajadoras de las plataformas digitales aportan medios de producción para la prestación de sus servicios –como bicicletas o móviles–, lo que suele evidenciar la presencia de un régimen de autonomía. No obstante, los instrumentos facilitados por las personas trabajadoras no son los aspectos esenciales de la actividad productiva de estas plataformas. La web o la aplicación móvil, la marca y, en definitiva, el algoritmo son en realidad el núcleo que sostiene el funcionamiento y aportan valor añadido al trabajo en plataformas. Asimismo, como elemento adicional para ratificar la ajenidad de este tipo de relaciones, debe mencionarse que es la plataforma la que decide los precios y las condiciones del servicio, disposiciones que constituyen un indicio claro de ajenidad.

El panorama descrito es desolador en muchos instantes. Provoca el desasosiego en el

lector, que ve como el modelo de negocio de las plataformas digitales convierte a la persona trabajadora en una herramienta al servicio de la tecnología; en lugar de aprovechar el desarrollo de esta en beneficio de la mejora de las condiciones socio-laborales. La esperanza para dar una respuesta y regular esta realidad debe buscarse en el capítulo sexto, que pretende revelar cómo debe regularse el trabajo en las plataformas digitales. Sin embargo, no espere el lector encontrar soluciones milagrosas o rupturistas. No las hay y quizás no deba haberlas, porque, como se ha señalado, la prestación de servicios en el marco de las plataformas digitales de la *gig economy* se hace en régimen de ajenidad y subordinación. Por tanto, no es necesario crear un modelo nuevo para regular un fenómeno antes inexistente. Solo es preciso aplicar a las prestaciones por cuenta ajena, que ahora se realizan incorporando un elemento tecnológico, las normas existentes que regulan esas actividades cuando se desarrollan sin dicho factor tecnológico.

La profesora Ginès propone la reconstrucción del Derecho del Trabajo en la economía digital a partir de tres elementos básicos. En primer lugar, se sugiere la utilización del contrato a tiempo parcial como fórmula para ofrecer, al menos, cierta seguridad jurídica a las personas trabajadoras. La presencia de un salario digno y respetuoso con la normativa es el segundo de los aspectos a garantizar en esta relación de servicios por cuenta ajena. Cumplir con dicho requisito exige contemplar la retribución del tiempo de conexión de las personas trabajadoras de estas plataformas como tiempo de disponibilidad y velar porque perciban, al menos, el salario mínimo interprofesional en proporción al tiempo trabajado, con independencia del número de servicios realizados. Finalmente, la libre elección de los horarios por parte de las personas trabajadoras de las plataformas obliga a adaptar las normas de cotización y encuadramiento en el Sistema de Seguridad Social. Así, en este sentido, se propone un sistema similar al existente para el trabajo fijo discontinuo en empresas de estudios de mercado y de opinión pública. Es decir, que se permita presentar en los diez primeros días del mes la relación nominal de las personas trabajadoras y días que han prestado servicios en el mes anterior.

En conclusión, la monografía pretende contribuir al debate de la naturaleza jurídica del trabajo en plataformas digitales, tanto en plataformas a demanda – como Deliveroo, Globo o Uber– como en plataformas de micro tareas online –como, por ejemplo, Amazon Mechanical–. Sin duda, el trabajo de investigación logra su fin y su consulta resulta obligada, pues faci-

lita los elementos de juicio fundamentales para entender la ¿nueva? prestación de trabajo por cuenta ajena en las empresas de la *gig economy*.

Luis Gordo González
Profesor Contratado Doctor UAM
<https://orcid.org/0000-0002-6442-2806>
luis.gordo@uam.es

Normas para autores/-as

Guidelines for authors

Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social es una revista científica en materia de Derecho Laboral y Seguridad Social editada por la Universidad Carlos III de Madrid. Para la publicación de originales, *Labos* utiliza un sistema de revisión externa por pares, siendo los evaluadores científicos expertos en el conocimiento de las materias en las que se investiga y cuyos nombres se irán publicando en la página web de la revista. Se trata de una revista científica que se publica en formato digital de acceso abierto (OA).

Normas generales

1. *Labos* solo publica trabajos originales, por lo que no admite material previamente publicado, y los autores son responsables de la obtención de los permisos oportunos para la reproducción de otras publicaciones, sitios de internet y de citar correctamente su procedencia.
2. Los trabajos se deben entregar en formato Microsoft Word.
3. Se deben remitir al correo electrónico: revista-labos@uc3m.es
4. Los archivos deben nombrarse con los apellidos del autor seguido del tipo de trabajo que se trata (Estudio doctrinal, Comentario de Sentencia,)
5. La extensión de los trabajos que se presenten a la publicación será:
 - Los Estudios Doctrinales, escritos en Times New Roman 12, con una extensión máxima de 6000 palabras (excluyendo resumen, bibliografía, tablas y figuras) a espacio 1,5 para el texto, e interlineado sencillo para las notas a pie.
 - Los Comentarios de Jurisprudencia en Ti-

mes New Roman 12, con una extensión máxima de 3000 palabras (excluyendo resumen y bibliografía), e interlineado sencillo para las notas a pie.

6. En todos los trabajos se debe incluir en castellano y en inglés todo lo que se indica a continuación:
 - Un Título/title.
 - Un Resumen/abstract de 10 líneas con un máximo de 125 palabras.
 - Un Sumario/Summary que responderá a los epígrafes en los que se divide el trabajo.
 - Unas Palabras Clave/Key words (máximo cinco).
7. Junto con el documento del trabajo, se deben enviar dos archivos más:
 - El mismo trabajo, pero sin los datos referidos al autor, que se utilizará para enviar a los evaluadores: trabajo/estudio ciego
 - Un Documento que contenga un breve CV del autor o autores. No más de 7 líneas de CV. Deberá constar nombre y apellidos del autor, datos académicos y/o profesionales, la Institución donde desempeña sus funciones, el teléfono y el correo electrónico.

Referencias bibliográficas y citas de Jurisprudencia y Legislación (Conforme a la UNE-ISO 690:2013)

Monografías:

APELLIDOS, Nombre autor, *Título del libro en cursiva*. Lugar de publicación, Editorial, Año de publicación.

Lugar de publicación, Editorial, volumen de la revista, número de la revista, Año de publicación, páginas que abarca el artículo.

Capítulos de libro:

APELLIDOS, Nombre autor del capítulo, Título del capítulo, En: APELLIDOS, Nombre autor del libro, Título del libro en cursiva, Lugar de publicación, Editorial, Año de publicación, páginas que abarca el capítulo.

Artículo en WEB/ Post en Blog:

APELLIDOS, Nombre autor del artículo, Año de publicación. Título del artículo/post. En: Título de la web/blog en cursiva [en línea]. Disponible en: URL del recurso [consulta: fecha de consulta].

Jurisprudencia:

Tribunal Constitucional:
STC 136/2001 de 18 de junio de 2001

Tribunal Supremo:

STS de 28 de noviembre de 2017 (Rº. 2868/2015, Sala de lo Social)

Tribunales Superiores de Justicia:

STSJ de Andalucía, de 22 de marzo de 2018 (Rº. 2362/2017)

Juzgado de lo Social:

Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Tortosa de 27 de junio de 2017 (Procedimiento núm. 473/2016)

Tribunal de Justicia de la Unión Europea:

STJUE de 1 de diciembre de 2016 (asunto C-395/15, Daouidi)

Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

STEDH de 12 de enero de 2016 (Núm. 61496/08, Caso Barbulescu contra Rumania)