

Labos

Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social

Agosto 2023

Volumen 4 - Número extraordinario

Tormenta de reformas

Normas ómnibus, leyes transversales y sistema jurídico

Omnibus norms, transversal laws and legal system

Jose María Goerlich Peset

3

Sobre la indiscutible expansión de la intervención administrativa en las relaciones laborales

On the unquestionable expansion of administrative intervention in labor relations

Jesús R. Mercader Uguina

15

Ley 2/2023, de Protección de los informantes. Problemas aplicativos desde una perspectiva laboral

Law 2/2023, on whistleblower protection. Applicable problems from a labor perspective

Ana de la Puebla Pinilla

32

Novedades en materia de incapacidad temporal

News regarding temporary disability

Amparo Esteve Segarra

50

Aplicación al ámbito laboral de las novedades introducidas por las últimas normas sobre igualdad de trato y no discriminación

Application to the workplace of the innovations introduced by the latest regulations on equal treatment and non-discrimination

Ana Isabel García Salas

66

La Ley 3/2023 de empleo. Principales novedades

Employment Law 3/2023. Main news

Daniel Pérez del Prado

86

Enfermedad y discriminación tras la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Especial mención al despido del trabajador enfermo

Disease and discrimination under Law 15/2022, comprehensive for equal treatment and non-discrimination. Special mention to the dismissal of the sick worker

Luis Gordo González

103

El complicado entramado normativo de planes de igualdad y protocolos en las empresas. Algunas reflexiones sobre protocolos anti-acoso y de gestión de la diversidad

The complicated regulatory framework of gender equality plans and protocols in companies. Some reflections on anti-harassment and diversity management protocols

Patricia Nieto Rojas

122

Nuevas reglas de contratación en los sistemas universitario y de investigación

New hiring rules in the university and research systems

Pablo Gimeno Díaz de Atauri

143

Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social

ISSN: 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

LABOS. REVISTA DE DERECHO DEL TRABAJO Y PROTECCIÓN SOCIAL

Secretaría editorial

Universidad Carlos III de Madrid
c/ Madrid-126 28903 Getafe (Madrid) España
Correo electrónico: revistalabos@uc3m.es

Normas ómnibus, leyes transversales y sistema jurídico

Omnibus norms, transversal laws and legal system

José María Goerlich Peset

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

ORCID ID: 0000-0002-2910-2153

doi: 10.20318/labos.2023.7927

Resumen: Desde la reforma laboral de finales de 2021, las normas laborales y de protección social han sido objeto de múltiples modificaciones de muy diferente naturaleza, cuyo análisis se ha agrupado en torno a la noción “tormenta de reformas”. La presente contribución afronta las características formales de las normas que la integran, conectándolas con tendencias anteriores del sistema de fuentes y mostrando alguna novedosa, como es la nueva relevancia de las leyes transversales.

Palabras clave: Fuentes del derecho, decreto-ley, leyes ómnibus, normas transversales.

Abstract: Since the labor reform at the end of 2021, labor and social protection standards have been subject to multiple changes of a very different nature, the analysis of which has been grouped around the notion of a “reform storm”. The present contribution addresses the formal characteristics of the rules that comprise it, connecting them with previous trends in the system of sources and showing some novelty, such as the new relevance of cross-cutting laws.

Keywords: Sources of law, decree-law, omnibus acts, transversal rules.

1. Las normas de la tormenta de reformas

La reforma de 2021 quedó constituida por dos normas coetáneas clave, el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, y la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones. Con independencia de las vicisitudes parlamentarias relacionadas con su aprobación o convalidación, lo cierto es que ambas se sustentaban en sendos acuerdos en el diálogo social lo que acaso permitiría augurar alguna estabilidad al marco normativo laboral.

Por el contrario, desde entonces, hemos quedado sumidos en una suerte de “tormenta de reformas”, en la feliz expresión que se utilizó para dar título a las Jornadas que

han dado lugar a este número extraordinario. En efecto, en los dieciocho meses que han transcurrido desde entonces, he contado 23 normas con rango de ley con alguna repercusión laboral y de protección social, sea sustantiva o adjetiva. Si no me equivoco, 4 leyes orgánicas, 9 ordinarias y 10 decretos-leyes han introducido modificaciones 8 veces en el Estatuto de los Trabajadores y 17 en la Ley General de Seguridad Social; a ellas hay que añadir las 3 que han afectado a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y a la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, las 2 de la Ley de Empresas de Trabajo Temporal y la de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Al margen de estas normas laborales y de protección social hay que reseñar por último dos novedades más: la reforma del Código Penal (art. 311) y los aspectos laborales de la Ley de informantes.

Las turbulencias se hubieran incrementado en el corto plazo de no ser por la disolución de las cámaras. En efecto, la anticipación electoral ha interrumpido la tramitación de diferentes proyectos que incluían aspectos laborales o de protección social de mayor o menor relevancia: los proyectos de Ley de Movilidad Sostenible (pendiente de Pleno en el Congreso) y de la llamada Ley de familias (que se encontraba en trámite de enmiendas en él) así como las proyectadas normas de transposición de la directiva (UE) 2019/1152, sobre condiciones laborales transparentes y previsibles, del Estatuto del becario –al que se aludía en la disp. adic. 2ª RDL 32/2021–, después rebautizado “Estatuto de las personas que realizan prácticas formativas en las empresas”, y de creación de la agencia estatal de la Administración de la Seguridad Social. En todo caso, cabe tomar nota de que, aun con las cámaras disueltas, alguna de estas iniciativas ha sido retomada por la vía del decreto-ley. El RDL 5/2023, de 28 de junio, ha procedido a la transposición de la Directiva de conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, recuperando los aspectos laborales de la Ley de familias, además de introducir otras modificaciones en otras normas laborales y de Seguridad Social, procesales y relativas al Derecho administrativo sancionador.

Por supuesto, una parte sustancial de las novedades que se han producido en esta “tormenta de reformas” serán comentadas en las aportaciones que componen este número monográfico. Mi propósito en esta primera aproximación es hacer un análisis de corte formal de las diferentes normas con rango de ley que la componen, poniendo de relieve algunas de sus características y el impacto que tienen sobre el resto del sistema. En concreto, son tres las cuestiones en las que me gustaría detenerme: la prevalencia del decreto-ley, la generalización de las normas ómnibus y, sobre todo, la expansión de las nuevas leyes transversales.

2. Decretos-leyes y normas ómnibus

Por lo que se refiere a las dos primeras, me limitaré a proceder a una breve puesta al día de mi anterior aportación, en esta misma revista, sobre las transformaciones del sistema de fuentes (Goerlich Peset, 2022). En ella, reflexionaba, de un lado, sobre “el creciente, y discutible, recurso al decreto-ley” (pp. 5 ss.) y, de otro, sobre la “racionalidad y sistema-

tización decreciente en las normas legales”, fenómenos protagonizados en buena medida por las llamadas normas ómnibus (pp. 10 ss.).

No hace falta ir muy lejos para advertir que las dos tendencias siguen presentes. Puede volverse la vista atrás para demostrarlo. En efecto, el repaso de los datos que he hecho en el apartado anterior muestra que prácticamente la mitad de las reformas que componen la “tormenta”, diez sobre veintitrés, han sido introducidas por medio de decretos-leyes; y una buena parte de ellos pueden ser fácilmente incluidos en la categoría de las normas ómnibus. Pero es posible también mirar al pasado más inmediato y fijarnos en el citado RDL 5/2023, que cierra la legislatura. No es fácil prescindir del hecho de que haya sido dictado después de la disolución de las cámaras, aunque habrá que hacerlo. Es probable, en este sentido, que el marco legal aplicable posibilite este tipo de actuaciones ya que las restricciones a la acción del gobierno solo parecen surgir “tras la celebración de elecciones generales” (art. 21.1 Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno) y, en todo caso, no impiden sobrepasar al Gobierno en funciones el ámbito del “despacho ordinario de los asuntos públicos” en los “casos de urgencia debidamente acreditados o por razones de interés general cuya acreditación expresa así lo justifique” (art. 21.3). De hecho, la STC 18/2023, 21 marzo, dictada en el recurso de inconstitucionalidad el RDL 6/2019, emanado en uno de los llamados “viernes sociales” previos a la formalización de la anunciada convocatoria electoral parece valorar el decaimiento de las iniciativas legislativas como consecuencia de la disolución en términos de “extraordinaria y urgente necesidad” del art. 86.1 CE. En todo caso, más allá de esta cuestión, el RDL 5/2023 nos sitúa ante ¡doscientas veinticuatro! páginas de BOE dedicadas a asuntos tan variados como los aludidos en el título: “determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea”.

Por supuesto, el análisis de estas normas legales de urgencia dejadas caer sobre el ordenamiento previo mostraría nuevos ejemplos de los diferentes fenómenos que recogía en el trabajo citado. Sin ir más lejos, el RDL 5/2023 suministra algunos en relación con la falta de estabilidad de las normas. La “fugacidad” a la que me refería en él puede verse en la modificación de la Ley de Presupuestos aprobada seis meses antes (cfr. disp. final 5ª) o, sobre todo, en la de la disp. adic. 52ª LGSS, que había sido introducida por RDL 3/2023, de 16 de marzo y es ahora modificada por el RDL 5/2023, 28 junio. En todo caso, lo más sorprendente en esta última norma de la legislatura es el descubrimiento de un nuevo ámbito de discrecionalidad del Gobierno en la valoración de los presupuestos constitucionales del decreto-ley.

No es fácil comprender cómo se ha aceptado que encaje en ellos el incumplimiento de los plazos de transposición de las directivas europeas. Habitualmente el término para la incorporación al derecho interno es lo suficientemente generoso como para posibilitar holgadamente el recurso al procedimiento legislativo ordinario. Por eso, la juris-

prudencia constitucional ha sido renuente a aceptar sin más que su vencimiento constituya la “extraordinaria y urgente necesidad” del art. 86.1 CE, y ha exigido algo más: la efectiva iniciación de las actuaciones de constatación y sanción del incumplimiento por parte de las autoridades comunitarias (STC 1/2012, 13 enero). No es de extrañar, por ello, que la motivación de buena parte de las medidas incluidas en el RDL 5/2023 se relacione con el vencimiento del plazo de transposición y la apertura de procedimientos por su infracción en el ámbito europeo. En el apartado I del preámbulo se dan detalles respecto a las diferentes directivas cuyos contenidos se incorporan e incluso se afirma que aparecen riesgos derivados del incumplimiento en “aquellas directivas para las que queda menos de 3 meses para que se cumpla su plazo límite de transposición y que necesitan, al menos, una norma con rango de ley para su transposición sin que dicha ley haya empezado su tramitación parlamentaria” (apartado I). Y después, en el apartado V, en el momento de justificar la “extraordinaria y urgente necesidad” se reiteran estas consideraciones detallando los hitos de los correspondientes procedimientos de incumplimiento de diferentes directivas.

Este esfuerzo argumental, sin embargo, no da cobertura alguna a la preterición de otras Directivas que se encuentran en situación similar a las que se incluyen. Es llamativo en este sentido que no se haya aprovechado la ocasión para incorporar al derecho interno los criterios de la Directiva 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, cuyo plazo de transposición terminó el mismo día (1 de agosto de 2022) que el de la Directiva sobre conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores. Es cierto que respecto de esta se da cuenta de las actuaciones emprendidas por la Comisión (“carta de emplazamiento del pasado 20 de septiembre de 2022, además del dictamen motivado por falta de comunicación de las medidas nacionales de transposición de 19 de abril de 2023”); pero no lo es menos que estas mismas actuaciones se han producido sobre aquella como puede comprobarse en la web de aquella institución –que da cuenta del emplazamiento producido el 20 de septiembre de 2022 y el dictamen motivado emitido el 1 de junio de 2023–. Este contraste se incrementa por lo demás con la primera de las directivas transpuestas, la relacionada con transformaciones societarias, cuyo vencimiento solo se produjo el 31 de enero de 2023, y cuyas actuaciones ejecutivas van más retrasadas: solo se alude a la carta de emplazamiento recibida el 22 de marzo de 2023. Acaso por ello, el legislador se sienta obligado a dar una explicación adicional. Se señala al respecto que la transposición urgente viene impuesta por el hecho de que esta directiva “responde a una iniciativa de la Comisión Europea que, en su Comunicación de 25 de octubre de 2016 titulada «Programa de trabajo de la Comisión para 2017: Realizar una Europa que proteja, capacite y vele por la seguridad», puso de manifiesto la necesidad de facilitar las fusiones transfronterizas”. Pero, por la misma regla de tres, podría haberse aludido a que las dos Directivas sociales sobre las que estamos reflexionando se relacionan con los principios del Pilar Social, proclamados en 2017.

Por lo demás, en esta rápida puesta al día, no es posible dejar de reseñar la inexistencia de novedades respecto de la fragilidad de los mecanismos constitucionales de con-

tención de estos fenómenos. La más reciente jurisprudencia constitucional, en efecto, no parece pensar en ponerles límites, de modo que su uso solo parece depender del criterio político del titular del poder normativo.

Son varias, en primer lugar, las sentencias que han afrontado recursos de inconstitucionalidad de la oposición en relación con los decretos-leyes aprobados desde la moción de censura de 2018 (SSTC 36/2023, 19 abril, 45/2023, 10 mayo, 60/2023, 24 mayo). Destacaré brevemente las que valoran el RDL 26/2021, de 8 de noviembre, que adapta la legislación tributaria local a la anulación por el Tribunal Constitucional de una serie de preceptos legales relativos al Impuesto sobre el valor de los terrenos (STC 17/2023, 9 marzo, cuya doctrina es reiterada de forma sucinta en la inmediata sentencia 35/2023, 18 abril), y el RDL 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación (STC 18/2023, 21 marzo). Además de que en ellas se aprecia la escasa contundencia de los límites materiales establecidos en el segundo inciso del art. 86.1 CE –introducción de juicios cuantitativos en relación con el alcance de la reserva de ley tributaria: al decreto-ley solo le es vetado lo que constituye un “pilar básico” dentro del sistema fiscal–, el presupuesto habilitante de la “extraordinaria y urgente necesidad” se admite en casos de clara desidia legislativa, como es el de la plusvalía municipal, y con independencia de la dilación de la efectiva entrada en vigor de las medidas incluidas, como ocurre con algunas de las partes del decreto-ley en materia de igualdad.

Por lo que se refiere, en segundo lugar, a las normas ómnibus, cabe destacar la STC 16/2023, 7 marzo, en la que se enjuicia el RDL 12/2021, de 24 de junio, por el que se adoptan medidas urgentes en el ámbito de la fiscalidad energética y en materia de generación de energía, y sobre la gestión del canon de regulación y de la tarifa de utilización del agua, que incluyó una reforma de la Ley 19/1994, de 6 de julio, de modificación del régimen económico y fiscal de Canarias: para los períodos impositivos que se iniciasen durante el año 2020, se daba nueva redacción a la disp. adic. 14^a decimocuarta sobre “Límites a las deducciones por inversiones en producciones cinematográficas, series audiovisuales y espectáculos en vivo de artes escénicas y musicales realizadas en Canarias”. La sentencia parte, como hasta ahora, de la admisibilidad de las normas ómnibus, siempre que cumplan los requisitos establecidos –en este caso, la concurrencia de urgente necesidad al ser aprobada por un decreto ley (fundamento 7^o)– y, sobre todo, reflexiona (fundamento 8^o) sobre esta tipología normativa a la luz del principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) que los recurrentes entendían conculcado por “la simultánea entrada en vigor de dos reformas que afectaron a la disposición adicional decimocuarta de la Ley 19/1994, de 6 de julio (el Real Decreto-ley 12/2021, de 24 de junio, y la Ley 11/2021, de 9 de julio), ambas de contenido idéntico pero de distinta eficacia retroactiva en cuanto a sus efectos jurídicos”. Descarta, sin embargo, que se vulnere la seguridad jurídica. Recuerda la doctrina anterior sobre el particular a tenor de la cual, “solo si en el ordenamiento jurídico en que se insertan, y teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en Derecho, el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insupe-

rable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma infringe el principio de seguridad jurídica”. De este modo, es posible afirmar que la norma no es contraria al principio de seguridad jurídica “puesto que su sentido es claro y cierto. La modificación operada por el Real Decreto-ley 12/2021 está expresamente referida al ejercicio de 2020 (en concreto, a los períodos impositivos que se inicien durante 2020), en tanto que la Ley 11/2021, de 9 de julio contiene una disposición final primera de idéntico tenor, que modifica también la disposición adicional decimocuarta de la Ley 19/1994, pero, en este caso, en relación con el ejercicio fiscal de 2021. Se trata pues de dos normas de idéntico tenor pero con distinto ámbito temporal para la aplicación de la deducción fiscal correspondiente, por lo que no se produce incertidumbre sobre la previsibilidad de sus efectos y, en consecuencia, no cabe considerar producida una vulneración del art. 9.3 CE”.

Cabría hacer alguna reflexión al respecto y, en concreto, sobre cómo las complejas tareas del juez Hércules se hacen recaer sobre el conjunto de la ciudadanía obligada, por mor del art. 6.1 CC, a conocer no solo las normas sino también “las reglas de interpretación admisibles en Derecho”. Pero no la haré pues solo queda espacio para la resignación: el hecho de que la STC 16/2023 se haya incorporado al acervo de la motivación de la última norma ómnibus, el RDL 5/2023 (apartado IV), es ilustrativo de la consolidación de esta forma de crear derecho, tan alejada del ideal de la racionalidad.

3. Las leyes transversales y sus características

Una parte sustancial de la “tormenta de reformas” ha venido protagonizada por lo que podríamos denominar leyes transversales. Este tipo de normas han existido en el pasado. Al margen las que puedan haberse aprobado en otras materias, cabe traer a colación en el ámbito social, las Leyes Orgánicas 1/2004 y 3/2007. Pero en esta última legislatura hemos asistido a la proliferación de esta forma de crear normas que, seguramente, es una seña de identidad del Gobierno de coalición, a juzgar por el papel político que se ha asignado a algunos de los textos.

Algunas de estas normas –por ejemplo, la Ley 7/2023, de 28 de marzo, de protección de los derechos y el bienestar de los animales– carecen de todo contenido laboral. Otras, sin embargo, sí que hacen incursiones, más o menos amplias, en este terreno. Cabe citar al respecto las Leyes Orgánicas 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, y 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, y las Leyes 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, y 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI. De haberse agotado la legislatura, podríamos haber contado con otros dos ejemplos puesto que estaban en tramitación los proyectos de ley de movilidad sostenible y de familias, cuya parte laboral se ha incorporado *in extremis* al RDL 5/2023.

Dos son los rasgos que, a mi juicio, caracterizan las leyes transversales desde una perspectiva formal: la variedad de sus contenidos y la extensión de las respuestas. Por lo que se refiere a la primera idea, se aproximan a las normas ómnibus en las que, como sabemos, es posible encontrar muchas cosas diferentes. Las diferentes normas transversales que se han citado incluyen normas que afectan a los diferentes sectores del ordenamiento, que abarcan también los aspectos laborales o de seguridad social, con o sin modificación de los textos fundamentales preexistentes. Pero, a diferencia de las normas ómnibus, esta disparidad de contenidos viene organizada en torno a una finalidad: la pretensión de desarrollar un tratamiento sistemático e integral de la cuestión que motiva su publicación. En otras palabras, en las normas ómnibus se produce una mera yuxtaposición de contenidos carente de toda lógica interna. Ello posibilita, volviendo al RDL 5/2023, que un mismo texto afronte las medidas de contingencia relacionadas con la guerra de Ucrania y la transposición de una Directiva comunitaria sobre transformaciones estructurales de las sociedades de capital. Por su parte, las leyes transversales agrupan contenidos con una (pretendida) unidad de sentido.

Ello no obstante, leyes transversales y normas ómnibus comparten los problemas de inserción con el ordenamiento que se han señalado para estas últimas. Aunque ello puede parecer sorprendente, hay varios factores que lo explican. Después haré referencia a otros, ahora me interesa destacar uno: la ambición del objetivo perseguido que se concreta en su enorme extensión. Teniendo en cuenta que la reforma de 2021 ocupaba 50 páginas de BOE y el texto consolidado del Estatuto de los Trabajadores, 85, la extensión de las leyes transversales es, como mínimo, llamativa. La Ley 15/2022; de igualdad, ocupa 39 páginas, la LO 1/2023, 42, la Ley trans, ¡63!, y el proyecto de ley de familias, 70 páginas del BO de las Cortes Generales.

La extraordinaria extensión de las normas tiene seguramente una explicación. Lo que se pretende con esta forma de legislar no es solo ni tanto la introducción de modificaciones en las normas preexistentes normativa sino más bien se busca la plasmación de un conjunto (presuntamente organizado) de medidas de acción política en los diferentes niveles materiales en los que está se desarrolla. Esta dimensión de la legislación transversal puede verse con total claridad en la Ley de igualdad, en cuyo preámbulo se afirma que “es una ley de garantías que no pretende tanto reconocer nuevos derechos como garantizar los que ya existen. En este sentido, desarrolla el artículo 14 de la Constitución incorporando la amplia jurisprudencia constitucional al respecto. Tal y como han acreditado los informes de diversos organismos competentes, el gran problema en esta materia en España no es la regulación de la igualdad y no discriminación, sino la garantía del cumplimiento de las normas que la regulan” (apartado III). Desde esta perspectiva, las leyes se desplazan más a la definición de políticas que a la introducción de nuevas reglas jurídicas como se advierte en la Ley 4/2013, que en sus consideraciones preliminares destaca como su misión es definir “las políticas públicas que garantizarán los derechos de las personas LGTBI” y remover “los obstáculos que les impiden ejercer plenamente su ciudadanía”.

Ahora bien, sin perjuicio de que el intento perseguido sea loable, es posible que el camino elegido no sea adecuado. Desde mi punto de vista, el planteamiento se basa en

una aproximación discutible a la estructura y sentido de las normas jurídicas. Estas presentan una estructura típica que no siempre encaja adecuadamente con las pretensiones de las leyes transversales; o, dicho en otras palabras, estas acaso parten de una capacidad transformadora excesiva de lo que se plasma en el papel del Boletín Oficial del Estado. De este modo, es posible que se afronte la creación del Derecho más desde la perspectiva de un creyente que desde el punto de vista de un técnico de organización social. Diría que esto explica algunos de los desajustes más obvios que han producido las normas que estamos contemplando y que dificultan alcanzar la finalidad de seguridad jurídica a la que, según se nos indica, aspira el legislador. El apartado III del preámbulo de la Ley 4/2023 afirma que “la iniciativa normativa se ejerce de manera coherente con el resto del ordenamiento jurídico, nacional, autonómico, de la Unión Europea e internacional, para generar un marco normativo estable, predecible, integrado, claro y de certidumbre, que facilite su conocimiento y comprensión y, en consecuencia, la actuación y toma de decisiones por parte de las personas físicas y jurídicas destinatarias. Se garantiza de este modo el principio de seguridad jurídica”. Sin embargo, alcanzar este resultado requiere algo más que una declaración de intenciones.

4. La problemática inserción en el sistema de las normas transversales

En efecto, esta forma de legislar, añadiendo una capa normativa al sistema jurídico no deja de plantear intensos problemas para su armónica inserción con lo preexistente. Algunos de estos problemas, rozan lo anecdótico; pero otros son más profundos. Por lo que se refiere a lo primero, creo que es interesante resaltar como estas leyes transversales presentan patologías similares a las normas ómnibus, si bien es posible pensar que por razones diferentes. En efecto, en estas últimas, los fenómenos patológicos se relacionan con la anarquía temática que las caracteriza y con el apresuramiento con el que se elaboran. Estos rasgos imposibilitan, como sabemos, que aterricen suavemente en el ordenamiento preexistente. Esto no debería ocurrir, sin embargo, con las leyes transversales, cuyo trámite es el ordinario y que tienen un contenido homogéneo. En mi opinión, el hecho de que estos efectos se adviertan también en ellas se relaciona probablemente con el hecho de que se aborden más desde la fe del creyente que desde la racionalidad. A la postre, aquella produce un escotoma que impide la visión del conjunto del ordenamiento en el momento de la elaboración de la norma.

La llamada Ley trans suministra algunos ejemplos de este fenómeno. Llamo la atención, en primer lugar, sobre la reforma del Estatuto de los Trabajadores que se incluye en la Ley 4/2023. Seguramente el debate se centró en las discrepancias entre las diferentes sensibilidades presentes en el gobierno y el resultado se concretó en fenómenos difícilmente comprensibles para un jurista tradicional que he analizado con más detalle en otro lugar (Goerlich Peset, 2023). La nueva redacción del ET quedó definitivamente condicionada por la discusión respecto a la necesidad (Unidas Podemos) o no (PSOE) de una específica mención a las personas trans. El proyecto salido del Gobierno hacía

referencia a ellas en varios preceptos del Estatuto; pero en la tramitación parlamentaria se descartó la necesidad de menciones específicas. A la postre, se dio nueva redacción a varios preceptos utilizando una versión anterior del Estatuto en la que desaparecía la mención del proyecto inicial. El resultado de esta maniobra es llamativo. En algunos casos, la única aportación de la reforma es la incorrección gramatical. Tal ocurre en los arts. 11.4.b) y 14.3 ET en los que el elenco de situaciones contemplada no se cierra con la conjunción *y* sino con una coma. Pero, en otros, implica la desaparición de una parte de los derechos de las víctimas de violencia sexual que habían sido introducidos por la LO 10/2022, de 6 de septiembre, puesto que se regresó a la versión previa del ET (cfr. arts. 37.8, 40.4 y 5, 45.1.n, 49.1.m., 53.4.b y 55.5.b).

La exclusiva preocupación por el tratamiento de las personas trans ha hecho igualmente que la Ley 4/2023 haya descuidado la evolución de otras normas. Las relaciones entre las normas de la Ley 4/2023 y las contenidas en la Ley 3/2023, de Empleo, de tramitación parlamentaria paralela y aprobación simultánea, presentan algún ejemplo notable. Se ha comentado al “monumental error de técnica jurídica” que supone que aquella, en su disp. final 5ª, proceda a dar nueva redacción al texto refundido de la Ley de Empleo, aprobado en 2015 y que era derogado como consecuencia de la aprobación de la Ley 4/2023 (Vizcaíno Ramos, 2023). Pero seguramente es mucho peor que ambas normas, de la misma fecha y publicadas en el mismo BOE, den nueva redacción a la infracción muy grave art. 16.1.c) LISOS. En nuestro almacén de recursos interpretativos no existen criterios que permitan elegir entre una y otra redacción. Aparte de que ello explica que, en la versión consolidada de la LISOS, los editores del BOE hayan optado por incluir las dos, nos sitúa ante una más que probable vulneración del principio de seguridad jurídica del art. 9.3 CE puesto que “las reglas de interpretación admisibles en Derecho” a las que se refiere la STC 16/2023 no permiten solventar un supuesto de este tipo; ni tampoco sería fácil para el Tribunal Constitucional, si el tema llega a plantearse, dar una solución al alcance de la inconstitucionalidad: ¿a qué norma afecta? ¿a las dos?

En realidad, la inseguridad jurídica que generan las leyes transversales tiene una dimensión mucho más amplia que este concreto episodio. Y ello por dos razones diferentes. Por una parte, diría que estas normas tienen vocaciones diferentes a las normas jurídicas tradicionales. Podríamos considerar, de un lado, su carácter pedagógico, que se advierte en las extensas disposiciones dedicadas a definir las realidades reguladas (cfr. art. 6 Ley 15/2022, art. 3 Ley 4/2023, nuevo art. 2 LO 2/2010, en la redacción derivada de la LO 1/2023). Pero me interesa más resaltar, de otro, su intenso componente de delimitación de políticas mediante el enunciado de posibles actuaciones futuras o grandes principios a concretar posteriormente. En este contexto, puede no ser fácil para los privados discernir la existencia o el alcance de concretas obligaciones: probablemente, hay que entender que el art. 55.3 Ley 4/2023 contiene una concreta exigencia para las empresas; pero no deja de ser extraño que así sea dada la ubicación del precepto en un capítulo dedicado a las “políticas públicas” a desarrollar para alcanzar la igualdad real y efectiva de las personas trans.

Por otra parte, las leyes transversales están llamadas a interactuar con el resto del sistema jurídico, pero no toman claramente en consideración las normas e interpretaciones preexistentes. La manifestación formal más importante de este fenómeno es la ausencia de una política derogatoria clara. Antes al contrario, no existe una voluntad de sustituir la normativa preexistente, sino de interactuar con ella. En este sentido, resulta llamativa la inexistencia de disposiciones finales en la Ley 15/2022 para aclarar las relaciones con la normativa laboral previa (aunque la Ley 4/2023 sí las lleva, con los resultados comentados) y, sobre todo, la limitada política de derogaciones: la Ley 15/2022 directamente no contiene ninguna disposición derogatoria; la Ley 4/2023 se limita a derogar la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

Se ha apuntado que “la técnica empleada podría haber sido mejorada si se hubiera procedido a una integración mediante la refundición de todas las leyes referidas a la igualdad y no discriminación” (López Cumbre, 2023, p. 26). Pero no se ha hecho así: se ha preferido recurrir a normas superpuestas prestando especial atención a los criterios de interacción entre las nuevas disposiciones y las anteriores. Sin embargo, la regulación de estos es sumamente compleja. Obsérvese, de entrada, que las dos leyes que nos ocupan tienen un objeto común: la igualdad. La Ley 15/2022 tiene un espectro más amplio que, con toda probabilidad, incluye, al menos parcialmente, el que afronta la Ley 4/2023 referida específicamente, según su título, a “la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI”. De hecho, conceptos clave en la Ley trans –“orientación o identidad sexual, expresión de género” (art. 3, letras h, i y j, Ley 4/2023)– son causas de discriminación según el art. 2.1 Ley 15/2022. Este primer problema viene solventado mediante un criterio tradicional, el recurso al principio de especialidad. En efecto, la disp. adic. 4ª Ley 4/2023 prevé la “aplicación supletoria de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación”: prevalecen las soluciones específicas establecidas en aquella, resultando esta de aplicación “en todo lo que no se encuentre regulado de manera específica” en la Ley trans.

Las cosas se complican cuando consideramos las relaciones entre las leyes transversales sobre igualdad y las ponemos en relación con otras que puedan existir en esta materia. Estas además puedan ser de muy diferente ámbito, sea territorial –estatales/ autonómicas–, sea material –puesto que pueden tener alcance general o referirse únicamente a un determinado aspecto de la igualdad–. Varios preceptos de la Ley 15/2022 vienen a regular esta posibilidad, decantándose por un criterio de mayor favorabilidad. Su art. 2.2 afirma, en este sentido, que “lo dispuesto en la presente ley se entiende sin perjuicio de los regímenes específicos más favorables establecidos en la normativa estatal o autonómica por razón de las distintas causas de discriminación previstas en el apartado 1 del artículo 2”. Se vuelve sobre esta idea en el último inciso del art. 7, que cierra las reglas dedicadas a la interpretación e insiste en el carácter de norma mínima de la Ley puesto que “consagra los niveles mínimos de protección y no perjudica las disposiciones más favorables establecidas en otras normas, debiendo prevalecer el régimen jurídico que mejor garantice la no discriminación”.

Viejo conocido del iuslaboralismo, no creo que la utilización de este criterio de favorabilidad esté exento de problemas. De entrada, hay que andar con cuidado con él porque no es el único que se utiliza. Aparece únicamente como un criterio general, que no se aplica en todos los casos. De hecho, la garantía administrativa de las normas sobre igualdad permanece al margen del criterio de favorabilidad, como puede verse en los arts. 46.2 Ley 15/2022 y 76.1 Ley 4/2023. De estos preceptos se deduce, de un lado, la prevalencia de la normativa autonómica, con independencia del principio de favorabilidad; y de otro, la prevalencia de ciertas normas sancionadoras sectoriales, que resultan diferentes en ambas leyes aunque en todo caso incluyen la materia social regulada en la LISOS. Pero, sobre todo, no estoy segurísimo que un criterio de favorabilidad pueda ser aplicado sin problemas en el marco de un derecho relacional como es el de igualdad y no discriminación, sobre todo si tenemos en cuenta su creciente complejidad. La favorabilidad presupone un sujeto que obtiene un mayor beneficio con una de entre dos o más posibles soluciones. Pero ello puede dificultar su aplicación en ciertos casos. Seguramente no habrá en problema en las discriminaciones clásicas, en los que el grupo víctima está claramente delimitado, por ejemplo, las relacionadas con sexo o género. Pero no lo es tanto en las que se van abriendo camino, en las que el carácter relacional, y, por tanto, relativo, es mucho más acusado. Un buen ejemplo puede ser el de la discriminación por edad; aunque no tengo claro que no puedan producirse también turbulencias en relación con los nuevos conceptos que se van abriendo paso (discriminaciones por asociación o interseccionales).

Por último, hay que señalar que el criterio de favorabilidad se proyecta incluso sobre la interpretación como se advierte en el art. 7 Ley 15/2022, al que acabo de hacer referencia. Este precepto muestra el creciente papel de la jurisdicción en el llamado sistema multinivel de protección de los derechos fundamentales. Se trata, aparentemente, de una concreción del art. 10.2 CE, si bien extiende notablemente su ámbito de aplicación no solo por la mayor indeterminación de los tratados y convenios llamados a ser utilizados en las tareas de interpretación sino también, y sobre todo, por dar entrada a la documentación derivada de los procedimientos de interpretación o garantía establecidos en aquellos. En este punto, llama la atención la introducción de una clara diferenciación entre “la jurisprudencia emitida por órganos jurisdiccionales internacionales” y “las recomendaciones y resoluciones adoptadas por los organismos internacionales multilaterales y regionales”: la actuación de los poderes públicos “se ajustará” a la primera, pero solo “tendrá en cuenta” las segundas. Seguramente, esta diferenciación está llamada a desplegar efectos en otros debates que ahora no interesan. Para lo que nos ocupa, conviene llamar la atención sobre las dificultades para sostenerla si se ha de garantizar, como exige el propio precepto, el principio de favorabilidad: “cuando se presenten diferentes interpretaciones, se deberá preferir aquella que proteja con mayor eficacia a las personas o a los grupos que sean afectados por conductas discriminatorias o intolerantes”. Además de los problemas que he comentado más arriba sobre la utilización de este tipo de criterios, habrá que resolver que ocurre si las diferentes interpretaciones se encuentran en documentos de naturaleza diferente.

* * * * *

En definitiva, vistas desde la perspectiva formal, las normas legales que hemos agrupado en la tormenta de reformas dejan mucho que desear. Es llamativo que el esfuerzo normativo que suponen se traduzca en la aparición de intensos conflictos interpretativos como estamos viendo en relación con la calificación del despido por enfermedad. Seguramente, se hace preciso recuperar el sosiego en el momento de abordar procesos de creación normativa. Antes de ponerlos en marcha, quizá convenga hacer frente a una serie de preguntas básicas sobre las normas jurídicas: ¿para qué sirven?, ¿qué pueden hacer y qué no?, ¿qué caracteres deben tener para hacer frente a sus funciones? Solo tras estas básicas reflexiones es posible afrontarse con éxito el proceso normativo.

Referencias

- GOERLICH PESET, J. M. (2022). Algunas tendencias del sistema de fuentes. Manifestaciones recientes en el ámbito jurídico-laboral. *LABOS Revista de Derecho Del Trabajo y Protección Social*, 3(1), 4-19. <https://doi.org/10.20318/labos.2022.6844>
- GOERLICH PESET, J. M. (2023, March 7). ¿Qué ha pasado con los derechos laborales de las víctimas de violencia sexual? El Foro de Labos.
- LÓPEZ CUMBRE, L. (2023). Una ley integral para la igualdad de trato y una ley orgánica para la igualdad entre mujeres y hombres. ¿Concurrencia o necesidad? *Revista General de Derecho Del Trabajo y de La Seguridad Social*, 64. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/extart?codigo=8815244>
- VIZCAÍNO RAMOS, I. (2023, March 7). *El monumental error de técnica jurídica, relativo a la Ley de empleo, cometido por la disposición final decimoquinta de la Ley trans*. Briefs AEDTSS.

Sobre la indiscutible expansión de la intervención administrativa en las relaciones laborales

On the unquestionable expansion of administrative intervention in labor relations

Jesús R. Mercader Uguina*

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

ORCID ID: 0000-0001-6301-6788

doi: 10.20318/labos.2023.7928

Resumen: En los últimos tiempos vivimos un fuerte repunte de la intervención administrativa en el mundo de las relaciones laborales. El presente estudio analiza las principales líneas de tendencia de este “intervencionismo de nuevo cuño” que ha encontrado en el arsenal sancionador contra la huida del Derecho del trabajo su ejemplo más claro. No obstante, factores como la fiebre registral; el renacimiento y reforzamiento de las formas de control en los procesos de reestructuración empresarial o, en fin, los usos de los sistemas automatizados de control por las autoridades públicas nos ponen delante un nuevo escenario que merece de nuestra atención.

Palabras clave: Administración laboral, control de procesos de reestructuración, plataformas profesionales, automatización, inspección de trabajo.

Abstract: In recent times we have experienced a strong rise in administrative intervention in the world of labour relations. This study analyses the main lines of trend of this “new type interventionism” that has found its clearest example in the sanctioning arsenal against the flight from Labour Law. However, factors such as registration fever; the renaissance and reinforcement of the forms of control in business restructuring processes or, finally, the use of automated control systems by public authorities present us with a new scenario that deserves our attention.

Keywords: Labour administration, control of restructuring processes, professional platforms, automation, work inspection.

*jesus.mercader@uc3m.es

I. Del repliegue al despliegue...

Hace más de 20 años tuve la inmensa fortuna de acercarme al proceloso mundo de la intervención administrativa de la mano del ahora Magistrado del Tribunal Constitucional, César Tolosa. Por aquel entonces nos embarcamos en la temeraria tarea de elaborar un “*Derecho administrativo laboral*” con el que buscábamos rastrear en el conjunto de problemas y situaciones que se planteaban cuando la Administración proyectaba su sombra sobre lo social¹. En ese camino contábamos con las siempre luminosas reflexiones de Aurelio Desdentado que, con su amplia concepción y comprensión del Derecho, se había venido acercando agudamente (y lo hizo con especial intensidad en ese momento) a esta materia desde distintas perspectivas.

En aquellos días las conclusiones que alcanzamos fueron dos: una formal y otra material. Desde la perspectiva formal, pudimos observar que, si bien las técnicas de intervención del Estado en materia laboral han sido a lo largo de la historia innumerables, en su origen, todas ellas se centraron en torno a un reducido grupo de categorías de una extraordinaria simplicidad: las autorizaciones, las órdenes, las sanciones y las prestaciones forzosas. Sin embargo, el crecimiento de la actividad ordenadora del Estado, unido a la rigidez conceptual de dichas categorías, determinó la proliferación de técnicas diversas destinadas a cumplir finalidades de distinta índole: Actividades de ordenación, autorización, conformación de derechos, arbitrales, prestacionales, promocionales o de fomento y, en fin, de policía.

Desde una perspectiva material, observamos que ese conjunto de funciones, que habían vivido momentos de expansión durante el régimen autoritario, iniciaron un proceso de contracción como consecuencia de la Constitución Española de 1978 y de la integración de nuestro país en la Unión Europea, factores ambos que supusieron un importante cambio cualitativo en la funcionalidad y orientación del papel de la autoridad laboral tanto en el ámbito de lo individual como de lo colectivo en las relaciones laborales. Tal proceso vino de la mano, en unos casos, de la promoción e impulso constitucional a la autonomía colectiva en nuestro modelo de relaciones laborales. En otros, del resultado de la tutela de la concurrencia mercantil y de la libre iniciativa empresarial. Y, en fin, en otras ocasiones como consecuencia del reforzamiento del papel decisor de la empresa en materias como los despidos colectivos y que llevó a la autoridad laboral a conservar únicamente competencias residuales durante el período de consultas en el que los protagonistas pasaban a ser el empresario y los representantes de los trabajadores. El resultado de todo ello fue lo que se calificó años después como el “indiscutible repliegue de la intensidad de la actuación de la autoridad laboral”².

Pero en los últimos tiempos asistimos a un nuevo repunte de la intervención administrativa en materia laboral: un “intervencionismo de nuevo cuño” que ha encon-

¹ J.R. MERCADER UGUINA, C. TOLOSA TRIBIÑO, *Derecho Administrativo Laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, 1ª ed; 2004, 2ª ed.

² Los entrecomillados pertenecen a J. CRUZ VILLALÓN, *Las transformaciones en las técnicas de actuación de la Administración Laboral*, TL, 2014, nº 125, p. 47.

trado en el arsenal sancionador contra la huida del Derecho del trabajo su más evidente exponente. No obstante, factores como la fiebre registral; el renacimiento y reforzamiento de las formas de control en los procesos de reestructuración empresarial o, en fin, los usos de los sistemas automatizados de control por las autoridades públicas nos ponen delante un nuevo escenario que merece de nuestra atención.

II. La fiebre registral y sus hobbesianas consecuencias: el Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro, como ejemplo

A lo largo de los últimos años, cada vez con una frecuencia e intensidad mayor, las normas imponen a los sujetos privados un conjunto de deberes cuya finalidad común es la obtención, por parte de las Administraciones públicas, de datos de hecho relativos a la existencia, circunstancias o concretas actividades desarrolladas por los particulares. La actividad que cabe calificar de informativa posee un carácter instrumental, al servicio de otras técnicas de ordenación³ y la más significativa en estos tiempos es la registral hasta el punto que se ha producido una auténtica “fiebre” en el uso de este sistema como mecanismo de control del cumplimiento y aseguramiento de la eficacia de concretas líneas de acción social. Y es que las inscripciones registrales constituyen verdaderas cargas, en sentido técnico jurídico, de las cuales depende la posibilidad de beneficiarse de la protección que tales registros dispensan, pero también, como seguidamente veremos, pueden convertirse en una peligrosa arma arrojadiza en las luchas interempresariales.

El ejemplo más claro lo encontramos en el caso de los planes de igualdad y, en concreto, en el régimen de su registro establecido en el Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro. Pese a los debates habidos en esta materia es claro que el registro del plan “se configura en nuestro ordenamiento como un trámite constitutivo, pues no es un mero requisito formal ni se practica a los solos efectos de conocimiento y publicidad del plan, sino que solo a partir de la inscripción en el registro, el plan de igualdad goza de virtualidad plena”⁴. Un carácter que ha sido, efectivamente, ratificado por el art. 8 e) RD Ley 1/2023 al establecer que, para poder ser beneficiario de las ayudas en materia de contratación, las empresas legalmente o convencionalmente obligadas a tener un plan de igualdad deberán contar con este y que tal exigencia “se entenderá cumplida con la inscripción obligatoria en registro público de conformidad con lo previsto en el artículo 11 del Real Decreto 901/ 2020”.

Las consecuencias de convertir el registro del Plan de Igualdad en llave necesaria para considerar cumplida la obligación legal no se han hecho esperar. Como es sabido, la normativa vigente, plenamente comprometida con el objetivo de que un número muy importante de empresas españolas (las de más de 50 trabajadores, en torno a 31.000 si

³ J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo*, Madrid, CEURA, 1999, II, p. 260.

⁴ P. NIETO ROJAS, *Algunos problemas en la implementación de los planes de igualdad en las empresas. La falta de interlocución y el trámite registral*, El Foro de Labos, 9 de mayo de 2023.

bien los datos registrales también apuntan a que el objetivo está lejos de alcanzarse) se encuentren dotadas de este instrumento de tutela antidiscriminatoria, ha establecido un potente régimen sancionador que alcanza en el ámbito de la contratación pública su máxima expresión. Y es que el artículo 71 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, incorpora una verdadera prohibición de contratar para las empresas de 50 o más trabajadores que no cumplan con la obligación de contar con un plan de igualdad. Este efecto ha generado un apetito de conocimiento público y privado que viene a saciar el artículo 11 del Real Decreto 901/2020 que dispone que “la citada inscripción en el registro permitirá el acceso público al contenido de los planes de igualdad”.

Los efectos hobbesianos del conocimiento registral no se han hecho esperar y como agudamente se ha dicho: “los órganos de contratación pueden considerar la oportunidad de comprobación en el REGCON de la vigencia del plan de igualdad de licitador propuesto como adjudicatario, y a su vez las empresas concursantes competidoras pueden comprobar esa “vigencia” acudiendo a ese registro público, y convertirlo en arma de impugnación contra las adjudicaciones, en el caso de detectarse alguna irregularidad”. En resumen, “las empresas se han acostumbrado a utilizar el plan de igualdad (mejor dicho, los posibles problemas con éste) como un instrumento para atacar a sus competidoras en los concursos públicos, aprovechando las facilidades que supone tener un registro público”⁵.

III. Renacimiento y reforzamiento de las formas de control en los procesos de reestructuración empresarial

1. Uso de fondos públicos como fundamento de la resurrección de las autorizaciones administrativas en el sistema RED

Otro factor que pone de manifiesto el despliegue de la intervención administrativa viene de la mano de la resurrección de la autorización administrativa en el sistema RED. No deja de resultar llamativo que, en un contexto de progresivo repliegue de la intervención de la autoridad laboral en los procesos de reestructuración de empresas, resultado de las reformas de 2012 que eliminaron la exigencia de autorización en los ERTE y en los despidos colectivos por causas empresariales, se recupere también esta exigencia de autorización administrativa en un tipo de medidas laborales fundadas en causas típicamente económicas, productivas o técnicas. Sin duda, la razón de esta vuelta a una fórmula de intervención que ya se consideraba superada, responde a la fuerte implicación pública que atraviesa todo el modelo. Es una decisión política la que permite poner en marcha las medidas temporales de reestructuración y son fondos públicos los que permiten y garantizan el sostenimiento del Mecanismo RED. De ahí que el control por la autoridad laboral sea particularmente intenso a lo largo de todo el procedimiento, asegurando que

⁵ M. E. GUZMÁN, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, J. L. NORES ESCOBAR. *El registro del plan de igualdad: ¿declarativo o constitutivo?*, Periscopio Laboral y Fiscal, PWC quienes realizan un riguroso análisis de la recepción de esta cuestión en la doctrina de los tribunales de contratación administrativa.

las medidas laborales se adoptan en las condiciones legalmente previstas y que el acceso a las ayudas públicas responde efectivamente a la finalidad para las que están previstas.

Una decisión de la autoridad laboral que viene, hasta cierto punto, condicionada por el resultado del periodo de consultas, en la medida en que, si este ha concluido con acuerdo entre la empresa y la representación legal de las personas trabajadoras, se autorizará la aplicación del mecanismo⁶. A partir de tal autorización, la empresa podrá proceder a las reducciones de jornada o suspensiones de contrato en las condiciones acordadas. A la vista de los términos que utiliza el art. 47.bis.4 ET, la autorización parece que opera, en caso de acuerdo, de forma automática. Pero no resulta descartable que la autoridad laboral rechace la solicitud, no solo en los supuestos en que se aprecie fraude en la adopción del acuerdo sino también cuando se constate el incumplimiento de las condiciones requeridas por el Mecanismo RED, como puede ocurrir cuando se aprecie que la empresa no pertenece al sector sobre el que opera la activación del Mecanismo en su modalidad sectorial o en caso de ausencia de un plan de recualificación para los trabajadores en los casos en que este es exigible. A estos efectos puede resultar determinante el informe de la Inspección de Trabajo.

En caso de que el periodo de consultas hubiese finalizado sin acuerdo, cobra todo su valor la intervención de la autoridad laboral que deberá valorar las circunstancias concurrentes y estimar la solicitud si entiende que de la documentación aportada se deduce que la situación cíclica o sectorial temporal concurre en la empresa en los términos exigidos por el art. 47.bis ET. Por el contrario, de apreciarse que dichas circunstancias no han quedado debidamente acreditadas, desestimará la solicitud impidiendo que la empresa aplique las medidas previstas. En suma, la autorización administrativa renace bajo la alargada sombra del control sobre el uso de los fondos públicos.

2. El papel de control de la Inspección de Trabajo en el despido colectivo: Cambios normativos mientras el gigante duerme

2.1. El informe de la Inspección de Trabajo en los despidos colectivos

Tras la reforma laboral de 2012 veníamos asistiendo a lo que en su día calificué como “el lento proceso de desintegración del control administrativo en los despidos colectivos”⁷. Fruto de este proceso había sido la desvalorización del papel del control de la ITSS sobre la causa en los despidos colectivos. Si bien con anterioridad a la citada reforma laboral

⁶ Más extensamente, J.R. MERCADER UGUINA, A, DE LA PUEBLA PINILLA, *El mecanismo RED de flexibilidad y estabilización del empleo: un marco permanente para la conservación del empleo en situaciones de crisis*, en Monereo Pérez, J.L. et alri (Dir.), *La reforma laboral de 2021: estudio técnico de su régimen jurídico*, Granada, Comares, 2022, pp. 406-430.

⁷ Como titulaba el trabajo publicado en L. Parejo Alfonso, J. Vida Fernández (Coord)., *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI. Libro Homenaje al Profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*; Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, I., pp. 573-608.

tanto el art. 9.2 RD 43/1996, como el art. 12.2 RD. 801/2011 establecían que el contenido del informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social “deberá, en todo caso, ser comprensivo de las causas motivadoras del expediente de regulación de empleo en los términos previstos en el art. 51.1 ET”. La desaparición de la autorización administrativa llevó a considerar que, en estos casos, el informe de la ITSS solo debería efectuar un control formal de la documentación y procedimental, pero no valorar el fondo del asunto –el despido colectivo–, pues es claro que la calificación del fondo del asunto solo compete a la jurisdicción social. El Criterio Técnico 92/2012, dejó claro que “la ITSS no debe entrar a analizar la existencia o suficiencia de las causas alegadas por la empresa al despedir. Precisamente, el sentido de la reforma laboral, mediante la supresión de la autorización administrativa, es trasladar la determinación de la causa al empresario, en la medida en que se trata de cuestiones de gestión empresarial, correspondiendo en todo caso a la jurisdicción social la revisión de dicha decisión empresarial, sin que resulte por tanto oportuna la predeterminación del juicio por parte de la Administración”.

Como resumen, la STS 18 de marzo de 2014 (RJ 2014\1828) señalaba que “la actuación de la Inspección de Trabajo tiene un carácter informativo que conduce a la ulterior valoración por parte de quien juzga en instancia, como un medio probatorio más sin que quepa atribuirle efecto vinculante alguno y sin que pueda excluirse el análisis de los demás medios de prueba y, en suma, la necesaria convicción de quien juzga tras la valoración de todos ellos”. Y añadía, “precisamente la reforma legal operada en 2012 en materia de despido colectivo reorienta la función de la autoridad laboral, a quien asiste la Inspección de Trabajo. La función de ésta es de apoyo a la autoridad laboral que, a su vez, cumpla con la misión de advertir, hacer observaciones y recomendaciones a la empresa, quien resulta la única responsable de su seguimiento”. O, por expresarlo en los términos de la STSJ País Vasco 23 de junio de 2015 (AS 2015\1845), “estamos por tanto ante un control administrativo de fase previa, limitado a la posibilidad de recomendaciones o advertencias, subsanaciones o pareceres, con posibles funciones de mediación o asistencia, donde se ha hecho hincapié hacia la causa habilitante del despido colectivo con su conexión o causalidad, razonabilidad y proporcionalidad de la medida extintiva, en un control jurisdiccional de la función de conexión que busca la concurrencia y constatación de unos determinados hechos y sus consecuencias jurídicas”.

Pero lo cierto es que la reciente reforma del artículo 51.2 ET efectuada por la Ley 2/2023, de 28 de febrero, de Empleo, ha venido a dotar a la Inspección de Trabajo de un papel relevante en la supervisión y el control de los despidos colectivos cuando obedecen a causas objetivas. Y es que el informe de la inspección, además de comprobar los extremos de la comunicación y el desarrollo del periodo de consultas, “*se pronunciará sobre la concurrencia de las causas especificadas por la empresa en la comunicación inicial, y constatará que la documentación presentada por esta se ajusta a la exigida en función de la causa concreta alegada para despedir*”.

La nueva redacción del art. 51 ET no solo faculta a la ITSS para que valore la realidad de la causa alegada en el procedimiento de despido colectivo, sino que establece la obligatoriedad de dicha valoración, que formará parte indefectiblemente, del contenido mínimo

del informe de la ITSS en estos casos. De este modo, se impone a la ITSS extenderse tanto sobre la verificación de los hechos en que consiste la causa como sobre su adecuada “conexión funcional” con el despido. No está de más recordar, como recientemente lo ha hecho Goerlich, que “desde la aprobación de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, es claro que también los informes de la ITSS están amparados por la “presunción de certeza de las comprobaciones inspectoras” a la que se refiere su art. 23. Pero esta presunción se limita a los “hechos reseñados” y no a su valoración jurídica. Desde este punto de vista, si los aspectos estrictamente fácticos a los que se haga referencia en el informe sí parecen vinculantes, sin perjuicio por supuesto de su posible contradicción por los interesados y de la libre apreciación judicial del conjunto del material probatorio, es claro que carecen de valor singular alguno las consideraciones que se incluyan sobre su proporcionalidad en relación con el despido”⁸.

Cuáles sean las consecuencias de esta nueva exigencia están todavía por ver. Pero lo que parece claro es que esta fórmula de control reforzado que ahora se otorga a la Inspección de Trabajo puede tener importantes consecuencias sobre los procesos judiciales que puedan producirse en esta materia y el referido informe puede convertirse en una pieza de alto significado a la hora de que los jueces y Tribunales valoren la concurrencia de causas para justificar el despido colectivo. Es evidente que ello no supone resucitar aquí la periclitada autorización administrativa pero lo que sí es claro es la simbólica recuperación para el control de la Administración de un espacio de la que está se había retirado.

En todo caso, la conexión de esta medida con la posibilidad interpretación realizada por el Tribunal Constitucional según la cual “la regulación legal no impide que en procesos individuales, el órgano judicial pueda dilucidar respecto de la realidad de las causas invocadas para justificar la referida medida colectiva, aunque se hubiera alcanzado un acuerdo con la representación de los trabajadores”(STC 140/2021, 12 de julio y STC 72/2022, de 13 de junio), viene a incorporar nuevos focos de potencial de litigiosidad en un territorio que, aunque ahora dormido, puede despertar de su sueño en cualquier momento.

2.2. El preaviso en los supuestos de cierre de centros de trabajo que supongan el despido de 50 o más personas trabajadoras

Una de las sorpresas más sobresalientes que trae en su seno el Real Decreto 608/2023, por el que se desarrolla el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo, ha sido la introducción de un nuevo requisito formal en los procedimientos de despido colectivo. En concreto, la disposición final tercera que modifica del Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducciones de jornada, aprobado por el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, introduce en éste una nueva Disposición adicional sexta (Obligación de notificación previa en los supuestos de cierre) que viene a establecer lo siguiente:

⁸ J. M. GOERLICH PESET, *La nueva regulación del informe de la Inspección de Trabajo en los despidos colectivos: apuntes críticos*, El Foro de Labos, 13 de julio de 2023.

1. Las empresas que pretendan proceder al cierre de uno o varios centros de trabajo, cuando ello suponga el cese definitivo de la actividad y el despido de cincuenta o más personas trabajadoras, deberán notificarlo a la autoridad laboral competente por razón del territorio y al Ministerio de Trabajo y Economía Social, a través de la Dirección General de Trabajo.
Estas notificaciones se efectuarán a través de los medios electrónicos a los que se refiere la disposición adicional segunda, y deberán ser realizadas con una antelación mínima de seis meses a la comunicación regulada en el artículo 2. En el caso en que no sea posible observar esa antelación mínima, deberá realizarse la notificación tan pronto como lo fuese y justificando las razones por las que no se pudo respetar el plazo establecido.
2. Dichas empresas remitirán copia de la notificación a la que se refiere el apartado anterior a las organizaciones sindicales más representativas y a las representativas del sector al que pertenezca la empresa, tanto a nivel estatal como de la comunidad autónoma donde se ubiquen el centro o centros de trabajo que se pretenden cerrar.

La norma está cargada de interrogantes. La primera, su propia razón de ser. Una exigencia a caballo entre el control jurídico y político que nace al margen de cualquier mandato legal (¿ultra vires?). Originariamente incluida en el proyecto de Ley de Industria, decaída su tramitación con la disolución de las Cortes, el Gobierno ha aprovechado esta oportunidad para incorporarla por discretamente por vía reglamentaria ya que ni siquiera su explicativo Preámbulo menciona su existencia.

La nueva disposición, en una lectura bienintencionada de la misma, probablemente viene a involucrar, a través de una triple llamada tanto a la Autoridad laboral competente, como al Ministerio de Trabajo y Economía Social, como a las organizaciones sindicales más representativas y a las representativas del sector al que pertenezca la empresa, tanto a nivel estatal como de la comunidad autónoma donde se ubiquen el centro o centros de trabajo que se pretenden cerrar, en la búsqueda de medidas alternativas a los despidos pero ¿no hay demasiado público en un tema tan delicado?. Por otro lado, la norma exige que se produzca el cierre de uno o varios centros de trabajo y a ello se añade que debe suponer el cese definitivo de actividad, pero lo que a qué se refiere ¿al cierre de la empresa o del centro de trabajo?

El largo periodo de gestación (antelación mínima de seis meses) permite barruntar también complejos y conflictivos procesos. Bien es cierto, que la citada regla admite excepciones cuando *“no sea posible observar esa antelación mínima”*, circunstancia en la que *“deberá realizarse la notificación tan pronto como lo fuese y justificando las razones por las que no se pudo respetar el plazo establecido”*. ¿Qué consecuencia jurídica se genera si se incumple esa notificación previa o se notifica en un periodo inferior a seis meses? Pero la duda que más nos atormenta es si se esconde aquí un nuevo supuesto de nulidad del despido colectivo. Demasiadas preguntas...

III. El arsenal sancionador contra la huida del Derecho del trabajo: Poder de policía y control de nuevos sectores de actividad.

El incremento y el carácter excluyente de las facultades administrativas en el control y enderezamiento de los procesos considerados de huida del Derecho del Trabajo que se viene produciendo en los últimos tiempos han animado a nuestros poderes públicos a reforzar hasta la extenuación los mecanismos sancionadores frente a tales actuaciones. La lucha contra las economías de plataforma o las falsas cooperativas ha contribuido a reforzar los instrumentos para que tanto la Inspección de Trabajo como la Seguridad Social gocen de un verdadero arsenal de instrumentos de lucha que ha venido a desfigurar, en gran medida, las garantías de defensa empresarial

1. Una primera herramienta: La larga historia de la revisión de oficio en materia de actos de encuadramiento por incumplimiento de prescripciones legales sin proceso judicial

Ha sido criterio comúnmente aceptado que los actos de afiliación, altas y bajas y variaciones de los trabajadores en la Seguridad Social no son actos en sí declarativos de derechos sino, en todo caso, actos administrativos que generan expectativas de determinados derechos, en particular, las prestaciones que otorga el Sistema de la Seguridad Social cuando se cumplen los diferentes requisitos exigidos por cada una de ellas⁹. Precisamente, en atención a su carácter instrumental los actos de encuadramiento habían venido quedando excluidos del ámbito de aplicación del art. 146 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (en adelante, LJS).

El procedimiento de revisión de oficio de los actos de encuadramiento se encuentra concretado por una norma reglamentaria: el art. 55 Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social (RA). Su apartado 1 establecía que “*la inscripción, protección de las contingencias de trabajo y enfermedades profesionales, tarificación, cobertura de la prestación de incapacidad temporal, afiliación, altas, bajas y variaciones obrantes en los sistemas de documentación de la TGSS no sean conformes con lo establecido en las leyes, en este Reglamento y demás disposiciones complementarias, si así resultare del ejercicio de sus facultades de control o por cualquiera otra circunstancia, dicho servicio común podrá adoptar las medidas y realizar los actos necesarios para su adecuación a las normas establecidas, incluida la revisión de oficio de los propios actos*”. El apartado 2 del precepto indica que “*las facultades de la TGSS para revisar, de oficio o a instancia de parte, sus propios actos (...) no podrán afectar a los actos declarativos de derechos, en perjuicio de los beneficiarios de los mismos, salvo que se trate de revisión motivada por la constatación de omisiones o inexactitudes en las solicitudes y demás declaraciones*

⁹ Sobre esta cuestión me detuve extensamente en J.R. MERCADER UGUINA, *Los procedimientos administrativos en materia de Seguridad Social*, Pamplona, Aranzadi, 2017.

del beneficiario. No obstante, la TGSS podrá rectificar, en cualquier momento, los errores materiales o de hecho y los aritméticos de los actos regulados en este Reglamento”.

Se permite la revisión de oficio en todo caso y momento cuando nos encontramos ante errores materiales, de hecho, o aritméticos o en los casos en los que el acto de inmatriculación se haya dictado en virtud de omisiones, inexactitudes en las declaraciones del beneficiario, y ello aun cuando afecte a actos declarativos de derechos. Por el contrario, el RA excluye de su regulación las revisiones de actos de inmatriculación que lleven consigo revisiones de actos declarativos de derechos en su inmensa mayoría de carácter prestacional. La duda se planteó en relación sobre el procedimiento de revisión de los actos de inmatriculación derivados de un error de derecho que posea consecuencias prestacionales.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo de Tribunal Supremo introdujo importantes matices en las SSTs 8 de julio de 2014, (R^o 2628, 3416 y 3540, todos de 2012), considerando que los actos de encuadramiento constituyen un acto favorable, cuya revisión exige seguir un cauce distinto al previsto en los artículos 54 y 55 RA. Señala la Sala que *“debe tenerse presente que, en la legislación administrativa española, la distinción entre actos declarativos de derechos (o favorables) y los que no lo son –con una expresión algo pasada de moda, se habla a veces de “actos de gravamen” para referirse a los actos administrativos desfavorables al particular– es relevante fundamentalmente para trazar dos regímenes jurídicos distintos de revisión, tal como se puede ver claramente en los actuales arts. 102 y siguientes de la LRJPAC. Ello implica que, a los efectos que ahora interesan, todo acto de la Seguridad Social o es declarativo de derechos o no lo es: tertium non datur. Que determinados actos de la Seguridad Social deban ser caracterizados como “actos de encuadramiento”, teniendo una naturaleza constitutiva, seguramente será relevante en determinados supuestos; pero, a la hora de determinar cuál es el procedimiento (administrativo o jurisdiccional) a seguir para su revisión, lo decisivo en el orden contencioso-administrativo es si se trata de un acto declarativo de derechos o no”.* Y añade: *“Ni que decir tiene que la respuesta a este interrogante depende del contenido de cada concreto acto administrativo y, en particular, de que efectivamente amplíe el patrimonio o la esfera jurídica de su destinatario. En el presente caso, no cabe duda que la inclusión en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar presenta ventajas comparativas con respecto al Régimen General de la Seguridad Social, de manera que el acto de inclusión que las resoluciones administrativas recurridas trataban de corregir era indudablemente un acto declarativo de derechos a efectos del Derecho Administrativo”*”.

Llegados a este punto, se planteaba cuál era el procedimiento aplicable a la revisión de un acto de encuadramiento con efectos declarativos. Como la doctrina puso de relieve nos encontrábamos ante una suerte de callejón sin salida para la revisión de esta suerte de actos mixtos. Por un lado, el art. 146 LJS solo constituía vía adecuada de revisión cuando la misma afectase a un acto de encuadramiento que viniera unido indeliblemente al reconocimiento de un acto prestacional, toda vez que la impugnación y la revisión de actos de encuadramiento están excluidos del conocimiento del Orden Social, según dispone el art. 3 LJS. Por otro, “el art. 105.c) CE requiere que la ley formal determine el procedimiento a través del cual deben producirse los actos”, por lo que el procedimiento del RA no era resultaba vía hábil, lo que obligaba a acudir a los criterios

generales de revisión de los actos administrativos de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas¹⁰.

En este mar de dudas, comenzó a abrirse paso la lucha contra los falsos autónomos. A tal fin el procedimiento de altas, bajas y variación de datos de los trabajadores en la Seguridad Social establecido en el RA, fue objeto de modificación por el Real Decreto 997/2018, de 3 de agosto. En concreto, los artículos 31 y 35 del RA obtuvieron nueva redacción con el objetivo de evitar posibles maniobras unilaterales de las empresas, o trabajadores afectados, cuando la Inspección de Trabajo hubiera dado de alta en el Régimen General a trabajadores que de forma previa estaban en el RETA, imposibilitando llevar a efecto la baja de estos trabajadores sin un informe previo de la Inspección, y sin que ninguna variación sobre ellos, que se pudiera producir, tuviera efectos sobre sus cotizaciones hasta que no finalicen los procedimientos iniciados. El preámbulo de la norma deja clara su finalidad: *“determina la necesidad de garantizar que tales procedimientos tramitados de oficio puedan instruirse hasta su resolución en firme, sin verse obstruidos o afectados por actuaciones que pretendan distorsionarlos”*. De lo que se trata es, pues, de asegurar que *“no producirán efectos ni extinguirán la obligación de cotizar aquellas bajas y variaciones de datos formuladas por las empresas y, en su caso, por los trabajadores cuando afecten a los periodos comprendidos en las actas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que motiven la tramitación de procedimientos de alta y variación de datos de oficio, por parte de la Tesorería General de la Seguridad Social, respecto a los mismos trabajadores afectados por aquellas”*.

El último paso en este camino lo constituye el Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas que parece venir a “matar dos pájaros de un tiro”: Por un lado, parece salir al paso del reproche de ilegalidad que puso de manifiesto la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Tribunal Supremo en las sentencias a las que nos hemos referido y, a su vez, de la línea doctrinal, representada por las SSTs de 11 de octubre de 2016 (R° 673/2015); de 29 de enero de 2019 (R° 2972/2016); de 15 de septiembre de 2021 (R° 4068/2019); de 27 de septiembre de 2021 (R° 3043/2020) y de 24 de enero de 2022 (R° 3236/2020), que sentó que la anulación del alta de un trabajador por no existir un verdadero contrato de trabajo debía seguir el procedimiento de revisión establecido en el artículo 146 LJS.

Un buen ejemplo es el que resolvió uno de los pronunciamientos de esa serie, la STS, también de la Sala Tercera, de 22 de febrero de 2022 (R° 2359/2020), en el caso de la simulación de la relación laboral de empleo doméstico trabada con nacional pakistání¹¹. La sentencia resuelve que la Tesorería no puede anular un alta previamente aceptada. De ese acto de encuadramiento derivan diversos derechos para la persona afectada y solo es posible dejarlo sin efecto presentando una demanda ante el Juzgado de lo Social. No cabe equiparar la eventual simulación de la relación laboral a la existencia de

¹⁰ A. TRILLO GARCÍA, *Actos de encuadramiento: afiliación, altas y bajas: ¿Se puede revisar de oficio un acto de encuadramiento?*, Revista de Información Laboral, 2015, n° 8, p. 96

¹¹ Un interesante comentario a la misma, A.V. SEMPERE NAVARRO, *La TGSS no puede revisar de oficio un alta aduciendo la inexistencia de la relación laboral*, Revista de Jurisprudencia Laboral - Número 2/2022

“omisiones o inexactitudes”. En suma, el artículo 16.4 LGSS no autoriza a inaplicar el régimen jurídico de revisión de los actos administrativos declarativos de derechos emanados de las Entidades gestoras de la Seguridad Social previsto en la LJS, por lo que en su caso corresponderá al legislador completar las excepciones establecidas en el apartado 2 de la citada LJS para coherente la normativa reguladora de la Seguridad Social con el principio de seguridad jurídica.

La modificación de los arts. 16.5, 138 y 139 LGSS viene a subsanar las anteriores limitaciones y a facilitar, por tanto, la revisión de oficio sin necesidad de proceso judicial ante el orden social¹². De este modo dice el art. 16.5 LGSS que: “Cuando, por cualquiera de los procedimientos a que se refiere el apartado anterior, se constate que la afiliación y las altas, bajas y variaciones de datos no son conformes con lo establecido en las leyes y sus disposiciones complementarias, los organismos correspondientes de la Administración de la Seguridad Social podrán revisar de oficio, en cualquier momento, sus actos dictados en las citadas materias, declarándolos indebidos por nulidad o anulabilidad, según proceda, conforme al procedimiento establecido en la normativa reglamentaria reguladora de las mismas, y dictando los actos administrativos necesarios para su adecuación a las citadas leyes y disposiciones complementarias”.

Esta nueva regulación, dice su preámbulo, evita que la impugnación de los actos de encuadramiento sea trasladada a la Jurisdicción Social y permite que se mantenga en la Jurisdicción competente para conocer de esta materia, la Contencioso-Administrativa. Con ello, en ningún caso se altera el derecho de empresarios y trabajadores a la tutela judicial efectiva ya que los actos que, en este sentido, se dicten por la Administración Pública podrán ser objeto de impugnación ante la referida Jurisdicción” No se olvide que el artículo 3 de la LJS especifica las “Materias excluidas” del conocimiento por parte de los órganos de tal orden y en su apartado f) menciona “las impugnaciones de los actos administrativos en materia de Seguridad Social relativos a inscripción de empresas, formalización de la protección frente a riesgos profesionales, tarificación, afiliación, alta, baja y variaciones de datos de trabajadores[....]”.

De este modo, sigue justificándose el RDL 1/2023, se evitan “colapsos y retrasos en la gestión administrativa y en las propuestas de la Inspección de Trabajo y *Seguridad Social en materia de lucha contra el fraude*”, así como el incremento de la litigiosidad y la carga de trabajo de los órganos judiciales de la Jurisdicción Social. En este sentido, se subraya que “*el número de movimientos de altas de trabajadores que han sido anulados por la Seguridad Social entre 2018 y 2021 por no corresponder a una actividad real han superado los 24.000, lo que supone que, “sólo en el ámbito de revisiones a consecuencia de simulaciones laborales o trabajos ficticios deberían haberse promovido en los cuatro años indicados más de 24.000 procedimientos judiciales”*”.

¹² Un excelente análisis de esta evolución puede verse en J. L. LÓPEZ-TARAZONA ARENAS, *Un nuevo marco legal para la autotutela de la Tesorería General de la Seguridad Social*, Revista de Derecho Laboral vLex, 2023, nº 8, pp. 60-74.

2. Segunda herramienta: La desaparición del procedimiento de oficio

Una segunda herramienta vino de la mano de la Ley 2/2023, de 28 de febrero, de Empleo, que suprime, en su disposición final novena, el apartado d) del artículo 148 LJS (si bien, conforme a la disposición transitoria quinta, el procedimiento de oficio previsto en dicho apartado seguirá siendo de aplicación respecto de aquellas demandas cuya admisión a trámite se haya producido con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Empleo, esto es, con anterioridad al 2 de marzo de 2023). Una reforma emboscada en la intrincada fronda de reformas que de forma tormentosa viene azotando lo laboral en los últimos tiempos.

El objeto de este proceso de oficio se encontraba en la calificación de la relación jurídica entre los afectados. Se abría en el caso de “*las comunicaciones de la autoridad laboral cuando cualquier acta de infracción o de liquidación levantada por la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social, relativa a las materias de Seguridad Social excluidas del conocimiento del orden social en la letra f) del artículo 3, haya sido impugnada por el sujeto responsable con base en alegaciones y pruebas que, a juicio de la autoridad laboral, puedan desvirtuar la naturaleza laboral de la relación jurídica objeto de la actuación inspectora*”. En este sentido no podía solicitarse al juzgador una decisión que excediera de la declaración de la existencia o inexistencia de la relación laboral. En coherencia, se descartaba la posibilidad de debatir acerca de actos de encuadramiento o materia de Seguridad Social, dejando al margen las actas de liquidación que traigan su causa en estas actas de infracción, circunscribiéndose el ámbito de esta modalidad procesal a la naturaleza laboral o extralaboral de la relación jurídica objeto de la actuación inspectora¹³. El art. 148 d) LJS establecía que: “*La sentencia firme se comunicará a la autoridad laboral y vinculará en los extremos en ella resueltos a la autoridad laboral y a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa ante los que se impugne el acta de infracción o de liquidación*”. Una vez firme, en sede judicial, determinará el alzamiento de la suspensión del procedimiento administrativo de liquidación o sanción, así como el curso de dicho procedimiento. Una ralentización del debate que no era visto con buenos ojos por la administración en la medida en que se convertía, como ha señalado Goerlich, bien en una vía de paralización de los procedimientos administrativos (plataformas), bien en una directa revisión de las decisiones planteadas por las administraciones (cárnicas).

La supresión del procedimiento de oficio para la calificación como laboral o no de unas determinadas relaciones contractuales por parte de los órganos jurisdiccionales sociales “refuerza los poderes administrativos y disminuye, muy sensiblemente, las garantías jurídicas de los administrados” y es que “la discrepancia acerca del carácter laboral o no de las relaciones controvertidas habrá de plantearse ya exclusivamente en vía administrativa y, posteriormente, ante la jurisdicción contencioso-administrativa con motivo de la impugnación de las actas de liquidación (y de infracción) que hayan sido

¹³ De este tema me ocupé en J. R. MERCADER UGUINA, “*Proceso de oficio y de impugnación de actos administrativos en materia laboral y de Seguridad Social no prestacionales, una lectura desde la Seguridad Social*”, en AA.VV. (Coord. A. Trillo) *Análisis de la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 149 a 202.

levantadas”. De este modo se “excluye el pronunciamiento previo de la jurisdicción social que, por especialización y por agilidad procesal, resulta mucho más conveniente y, por supuesto, mucho más adecuado desde el punto de vista de la seguridad jurídica”¹⁴. Las vías que quedan ahora para la discusión son mucho más estrechas y los efectos que pudieran derivarse de la apreciación por los Tribunales de la inexistencia de una relación laboral absolutamente inciertos.

3. Tercera herramienta: La contundente e inquietante garantía penal

Expansionismo punitivo e infracción del principio de última ratio se pone de manifiesto con la tercera de las herramientas de lucha contra la huida de la laboralidad: el nuevo art. 311.2 del Código Penal (CP) que establece la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando, de acuerdo con el cual serán castigados con penas de prisión de seis meses a seis años y multa de seis a doce meses: “Los que impongan condiciones ilegales a su trabajadores mediante su contratación bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo, o las mantengan en contra de requerimiento o sanción administrativa”.

En atención a las declaraciones de los responsables políticos y a lo propiamente expresado por el regulador, la reforma sería tributaria de la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, conocida como Ley Rider, en cuya disposición adicional vigesimotercera se introducía la presunción de laboralidad de aquellas personas que prestan servicios de reparto a través de plataformas digitales. Se trataría, por tanto, de evitar comportamientos renuentes a la inclusión en plantilla de los repartidores que prestan sus servicios a favor de las indicadas plataformas digitales bajo la amenaza de imposición de penas privativas de libertad. Un objetivo que subraya el Preámbulo de la norma al decir que: “La incorporación de las nuevas tecnologías a la organización del mercado de trabajo ha propiciado una forma de elusión de responsabilidades empresariales mediante el camuflaje jurídico del trabajo por cuenta ajena”. Pero lo cierto es que su redacción se extiende no solo a este ámbito, sino que resultaría de aplicación sino a cualquier sector de actividad o negocio. Esto es, podría aplicarse a otros sectores donde se recurre con cierta frecuencia a la contratación de autónomos; por ejemplo: los servicios profesionales, a los sectores sanitario, educativo y audiovisual o, por qué no, al propio sector tradicional del transporte. De igual forma, no solo es un mecanismo de lucha contra los falsos autónomos, sino que permitiría subsumir en el delito aquellas situaciones en las que, sin más, el empresario no rubrique con un trabajador el pertinente contrato de trabajo (becarios).

¹⁴ F. DURÁN LÓPEZ, *Un nuevo golpe a la seguridad jurídica*, https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/nuevo-golpe-seguridad-juridica

Lo más inquietante de la nueva regulación viene de su concepción abierta en la medida en que procederá la aplicación del delito cuando se mantengan las condiciones de falta de contratación laboral “en contra de requerimiento o sanción administrativa”. Este es, quizás, el extremo más cuestionable, toda vez que permitiría sancionar penalmente al empresario si éste no se aquietara al requerimiento o sanción administrativa y no se aviniese por tanto a rubricar un contrato laboral con el trabajador. El hecho de que de la existencia de un simple requerimiento o sanción administrativa (ambos actos de la administración no firmes y, por tanto, no sometidos a control judicial) pueda derivar la comisión de un delito sancionado con penas tan graves resulta más que cuestionable desde todas las perspectivas jurídicamente posibles.

Como ha señalado Lascurain¹⁵, “las primeras impresiones que despierta el nuevo delito son que “se trata de una intervención penal que es todo lo que no debe ser una intervención penal: no es precisa: ni lo es la pena (de seis meses a seis años de prisión: el máximo es doce veces el mínimo), ni está claro cuando concurre la ilegalidad, ni si basta con la ilegalidad, ni si se pena solo la contumacia en el mantenimiento de las condiciones ilegales; no es subsidiaria: ¿hace falta aquí el Derecho Penal?; ¿no estaremos utilizando los cañonazos antes de intentarlo con las flechas?; ¿por qué no empezamos con una infracción administrativa específica?; no es proporcionada: ¿prisión posiblemente no suspendible (de más de dos años) para un fraude de ley en el que no hay engaño al trabajador (si lo hubiera, estaríamos ante el tipo del artículo 311.1º CP)?”.

En conclusión, como ha señalado Durán, “las casualidades, en casos como este, no suelen existir y las reformas casi simultáneas del Código Penal y de la Ley de la Jurisdicción Social responden sin duda a un objetivo común, de reforzamiento de los poderes administrativos y de limitación de las garantías jurídicas de los administrados, en este caso de las empresas, que van a tener mucho más complicada la discrepancia con la Administración y que van a correr, en esa discrepancia, con riesgos mucho mayores”¹⁶.

IV. Soft law sancionador: La ola de los requerimientos cibernéticos

El Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2021-2023¹⁷, tiene entre sus objetivos la modernización de la ITSS que pasa además por impulsar las nuevas tecnologías y el Big data en el diseño de las actuaciones inspectoras y por incorporar los perfiles necesarios para hacer frente a los nuevos retos que surgen con una mayor movilidad laboral, el trabajo en plataformas digitales, el comercio electrónico, las cadenas

¹⁵ J. A. LASCURAIN, *Más para el catálogo de excesos punitivos: el nuevo delito de camuflaje de la laboralidad*, <https://almacenederecho.org/>, 30 de marzo de 2023.

¹⁶ F. DURÁN LÓPEZ, *Un nuevo golpe a la seguridad jurídica*, https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/nuevo-golpe-seguridad-juridica

¹⁷ Resolución de 29 de noviembre de 2021, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 16 de noviembre de 2021, por el que se aprueba el Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2021-2023 (BOE de 3 de diciembre).

globales de suministro o las nuevas condiciones de trabajo. En concreto su Actuación 30.3 dirigida a desarrollar una estrategia más activa para reducir los comportamientos de incumplimiento y fraude precisa que: “Siguiendo los modernos métodos contra el fraude, entre los que se incluye la economía del comportamiento y el uso de tecnologías del Big data, la Inspección debe orientar las campañas para que incidan de forma más eficaz en la erradicación de ciertos incumplimientos normativos (fraude en la contratación temporal, a tiempo parcial, horas extraordinarias, etc.), combinando su labor de información y asistencia técnica”.

Dicha línea de actuación se ha materializado por el RDL 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo en su Disposición final cuarta modifica el párrafo a) del art. 53.1 del texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto legislativo 5/2000, de 4 de agosto y en Real Decreto 688/2021, de 3 de agosto, por el que se modifica el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, que ha regulado el procedimiento para expedir un acta de infracción de forma automatizada¹⁸, si bien su definitiva concreción en los términos definidos por el art. 43 de esta última norma no se han materializado por el momento.

Mientras ello se concreta, los recursos tecnológicos de la ITSS se vienen utilizando para el desarrollo otros sistemas de menor intensidad sancionadora pero que están produciendo positivos resultados. Se trata del envío de comunicaciones (las famosas “cartas de la Inspección”) dirigidas a las empresas, sin más comprobación que el cruce masivo de datos, en las que se les informa de potenciales irregularidades en relación con la contratación de sus trabajadores, particularmente los contratos de duración determinada y de fijos-discontinuos. Igualmente, muchas Empresas de Trabajo Temporal y sus empresas usuarias han recibido estas cartas en las que se les informa de potenciales irregularidades en la contratación de determinados trabajadores, invitándoles a convertirlos en indefinidos. Incluye dicha carta la advertencia a los destinatarios de que podrían estar incurriendo en falta muy grave por cesión ilegal de mano de obra, con la sanción correspondiente.

En efecto, en dichas cartas se invita a subsanar la irregularidad potencial detectada y se advierte de la infracción que podría estarse cometiendo y de la sanción que ello lleva aparejada. Una técnica que es el resultado del uso del Big Data, los algoritmos y la Inteligencia Artificial por la Oficina Nacional de Lucha contra el Fraude de la ITSS, a través de la denominada “Herramienta de Lucha contra el Fraude” y que no debe confundirse con actas de infracción automatizadas dado que estas singulares actuaciones no constituyen el inicio de un procedimiento sancionador, frente al que deban formularse las alegaciones correspondientes.

¹⁸ Para un análisis integral de estas cuestiones me remito a J. M. GOERLICH PESET, *Decisiones administrativas automatizadas en materia social: algoritmos en la gestión de la Seguridad Social y en el procedimiento sancionador*, Labos, 2021, Vol. 2, nº 2, pp. 22-42.

Tales actuaciones carecen del carácter regulador típico que caracteriza los actos administrativos, por lo que las mismas equivalen a lo que se han calificado como requerimientos oficiales de hacer cuando existe una obligación legal previa. Como señala Bocanegra¹⁹, definido el acto administrativo como “toda decisión o resolución administrativa, de carácter regulador y con efectos frente a terceros, dictada por la Administración en el ejercicio de una potestad administrativa distinta de la reglamentaria”, es, precisamente, por esa falta de carácter regulador por lo que no constituyen actos administrativos las recomendaciones o las advertencias que pueda hacer la Administración.

Dado que los actos de advertencia y recomendación que formula la autoridad laboral no son resoluciones administrativas, sino actos administrativos de trámite, y que no producen indefensión, no ponen término a procedimiento alguno y no causan perjuicio irreparable, no serían susceptibles de impugnación mediante recurso independiente, en virtud de lo dispuesto en el art. 112.1 LPACAP. La defensa frente a la acusación cibernética es inexistente...

V. A modo de conclusión: “Nada en exceso, nada en demasía”

Máxima de la prudencia que nos remite a los sabios griegos es la de: “nada en exceso, nada en demasía”. Sea como sea, encontrar el término medio no es tarea sencilla entre otras cosas porque no hay criterios generales, no hay fórmulas, para determinar dónde está el justo medio. El único criterio es la moderación, la medida, el no pasarse por exceso y el no quedarse corto por defecto. A lo largo de estas páginas hemos tratado de hacer balance de algunos excesos normativos que han puesto en juego a la Administración para hacer valer acciones políticas de largo alcance. Conviene reflexionar sobre ello, porque entendemos que el exceso de intervencionismo puede ser tan malo como el minimalismo cuando se busca una tutela equilibrada de los intereses de trabajadores y empresas.

¹⁹ R. BOCANEGRA SIERRA, *Teoría del acto administrativo*, Madrid, Iustel, 2005, p. 61.

Ley 2/2023, de Protección de los informantes. Problemas aplicativos desde una perspectiva laboral

Law 2/2023, on whistleblower protection. Applicable problems from a labor perspective

Ana de la Puebla Pinilla

*Catedrática Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Madrid*

ORCID ID: 0000-0003-4850-928X

doi: 10.20318/labos.2023.7929

Resumen: La Ley 2/2023, de 20 de febrero, tiene como finalidad principal fomentar la cultura de la información y proteger a las personas que informan o denuncian la comisión de infracciones o delitos. La Ley tiene un gran impacto sobre el marco de las relaciones laborales. Por una parte, porque impone a las empresas la obligación, hasta ahora inexistente, de implementar un canal interno de información o denuncia para que, entre otras personas, sus propios trabajadores puedan comunicar delitos o infracciones que conozcan con motivo de su trabajo. Por otra, porque incorpora una batería de medidas dirigidas a proteger a estas personas trabajadoras informantes o denunciante frente a posibles represalias. El análisis de la Ley desde esta perspectiva laboral desvela la existencia de numerosos interrogantes y dudas interpretativas. En estas páginas se abordan algunas de estas cuestiones (sujetos protegidos, calificación jurídica de los actos de represalia, duración de la protección del informante, delimitación de las empresas obligadas a disponer de canal interno de denuncias, posibilidad o no de compartir un único canal entre las empresas de un grupo de sociedades, régimen jurídico del responsable del canal...), ofreciendo pautas para su resolución.

Palabras clave: canal de denuncias, revelación pública, protección del informante.

Abstract: Law 2/2023, of February 20, has as its main purpose to promote the culture of information and protect people who report the commission of infractions or crimes. The Act has a major impact on the framework of labour relations. On the one hand, because it imposes on companies the obligation, hitherto non-existent, to implement an internal Whistleblower channel so that, among other people, their own workers can report crimes or infractions that they know about their work. On the other hand, because it incorporates a battery of measures aimed at protecting these reporting or reporting workers against possible reprisals. The analysis of the Law from this labor perspective reveals the existence of numerous questions and interpretative doubts. These pages address some of these issues (protected subjects, legal classification of acts of retaliation, duration of protection of the informant, delimitation of the companies obliged

Keywords: to have an internal whistleblowing channel, possibility or not of sharing a single channel between the companies of a group of companies, legal regime of the person responsible of the channel...), offering guidelines for its resolution. whistleblowing channel, public disclosure, whistleblower protection.

I. Impacto laboral de la Ley 2/2023 de protección de los informantes

La previsión de sistemas o canales de denuncia para que los trabajadores informen de conductas contrarias al ordenamiento jurídico no constituye una novedad en la práctica de nuestras organizaciones empresariales. En algunos casos, porque la normativa sectorial aplicable impone a las empresas que operan en determinados sectores la implementación de dichos canales de denuncia. En otros, porque el impulso de la responsabilidad social corporativa ha alumbrado, como ejemplo de buena práctica empresarial, la existencia de mecanismos de información en numerosas organizaciones, públicas y privadas¹. A ello se añade que la LOPD (art. 24) ya contemplaba la posibilidad de que las empresas y otras entidades de derecho privado estableciesen sistemas de información para que empleados y terceros pudiesen poner en su conocimiento, incluso anónimamente, la comisión, en el seno de la misma o en la actuación de terceros que contratasen con ella, de actos o conductas que pudieran resultar contrarios a la normativa general o sectorial que le fuera aplicable. Y que, en el marco de diversas autonomías, ya se han aprobado normas dirigidas a crear oficinas o agencias para prevenir e investigar el uso fraudulento de fondos públicos, en las que se contemplaban medidas de protección para los denunciantes².

Con estos antecedentes, la Ley 2/2023, de 20 de febrero, de protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción (BOE 21 de febrero) (en adelante LPPI) persigue generalizar estos sistemas de información, haciendo obligatoria su existencia en determinadas organizaciones y asegurando la adecuada protección de quienes utilizan estos canales de denuncia o información.

La LPPI responde, además, a la obligación de trasponer al ordenamiento español la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, cuyo objetivo es reforzar la aplicación del Derecho y las políticas de la Unión en ámbitos específicos mediante el establecimiento de normas mínimas comunes que proporcionen un elevado nivel de protección a las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión³.

¹ Son numerosas las empresas privadas que disponían, con anterioridad a la aprobación de la Ley 2/2023, de canales internos de denuncias, a disposición de trabajadores, clientes y usuarios, para informar o denunciar hechos delictivos o irregulares. También organismos públicos, como la Agencia Tributaria, contaban con un canal de denuncias alojado en su web, a disposición de cualquier ciudadano para comunicar cualquier hecho que pueda ser constitutivo de delito tributario o de contrabando.

² La propia Exposición de Motivos de la Ley 2/2023, cita la normativa de Cataluña, Valencia, Islas Baleares, Navarra, Asturias y Andalucía.

³ Un análisis de la Directiva puede consultarse en C. SAEZ LARA, *La Protección de Denunciantes: Propuesta de Regulación para España tras la Directiva Whistleblowing*, Tirant lo Blanch, 2020; J.F. LOUSADA AROCHENA y R.P. RON LATAS, Ricardo, *La protección laboral frente a las represalias por la denuncia de*

Ciertamente, el ámbito material de la LPPI es mucho más amplio que el de la norma europea. Si esta se dirige a proteger a las personas que informen sobre determinadas infracciones del derecho de la Unión, la LPPI exige la articulación de canales de información para denunciar o informar sobre cualesquiera delitos o infracciones administrativas graves o muy graves, ampliándose de este modo también el ámbito subjetivo de la protección ofrecida por la norma europea. Pero ello no impide afirmar que, en líneas generales, la LPPI sigue el esquema diseñado en la Directiva, identificando los mismos sistemas o canales de denuncia o información, contemplando similares posibilidades para su diseño y gestión, garantizando una protección similar para los informantes y utilizando, en fin, las mismas categorías jurídicas.

Es por ello que los criterios de interpretación que se aplican a la norma europea resultan, en principio, perfectamente válidos para interpretar también la LPPI. En particular, además de los Considerandos de la propia Directiva, que arrojan luz y claridad sobre algunos aspectos o previsiones ambiguas, son de especial interés las aportaciones realizadas por el Grupo de expertos de la Comisión sobre la Directiva (UE) 2019/1937⁴ a través de las Actas de sus sucesivas reuniones, que ofrecen una interpretación auténtica sobre muchos de los aspectos contemplados en la Directiva que han sido trasladados miméticamente a la norma española. Tales criterios pueden servir, junto con la propia Exposición de Motivos de la LPPI, para aportar alguna luz a las previsiones recogidas en una norma que, en muchos casos, descansa en conceptos indeterminados o recurre a prescripciones jurídicas abiertas, complicando la tarea de identificar los límites de su aplicación.

No puede dejar de advertirse, en lo que aquí interesa, el especial impacto de la LPPI sobre las organizaciones empresariales y sobre las personas trabajadoras. Se trata de una norma que pertenece a la categoría de las que se han denominado “normas paralaborales”⁵, en la medida en que su ámbito de aplicación subjetivo y material excede del marco estricto de las empresas y de las relaciones laborales. Basta mencionar, a tal efecto, que la obligación de implementar sistemas de información se aplica a organismos públicos y a entidades privadas de todo tipo y que, además, los sujetos protegidos por su condición de informantes, esto es, por haber utilizado los canales de denuncia, no son exclusivamente los trabajadores por cuenta ajena.

irregularidades en la empresa (Whistleblowing), Bomarzo, 2020; E. BLÁZQUEZ AGUDO: “Canal de denuncias o *Whistleblowing* en el ámbito laboral”, en *Tiempo de reformas. En busca de la competitividad empresarial y de la cohesión social* (A. de la Puebla y J.R. Mercader, dirs.), Tirant lo Blanch, 2019; J.R. MERCADER UGUINA, “La protección de alertadores, informantes o denunciadores: una lectura laboral de la Directiva 2019/1937 de 23 de octubre”, *Trabajo y Derecho*, 2020, nº 64; P. NIETO ROJAS: “*Whistleblowers*. Aspectos laborales de la Directiva relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones de Derecho de la UE”, *El Foro de Labos*, <https://forodelabos.blogspot.com/2019/10/whistleblowers-aspectos-laborales-de-la.html>.

⁴ <https://ec.europa.eu/transparency/expert-groups-register/screen/expert-groups/>

⁵ S. DEL REY GUANTER, “La reciente intensificación de la “paralaboralidad” normativa: algunas causas y consecuencias”, *Briefs de la AEDTSS*, publicado el 22/3/2023 (<https://www.aedtss.com/la-reciente-intensificacion-de-la-paralaboralidad-normativa-alcunas-causas-y-consecuencias/>)

Sin embargo, el impacto de la LPPI sobre las organizaciones empresariales y sobre la relación laboral es evidente. Por una parte, porque la implementación del sistema de información interna supone una nueva obligación para muchas empresas privadas que hasta ahora no contaban con este tipo de canales. Por otra, porque las medidas de protección que la ley contempla se desenvuelven principalmente en el marco de la relación laboral, con la finalidad de evitar que su condición de informante le genere al trabajador algún perjuicio en su desarrollo profesional o en el contenido y mantenimiento de su contrato de trabajo. No en vano, la propia LPPI prevé su aplicación a quienes utilicen los canales para comunicar informaciones obtenidas en un contexto laboral o profesional (art. 3 LPPI).

Es esta perspectiva, centrada en lo laboral y empresarial, la que se adopta en el análisis que sigue. No se pretende un estudio exhaustivo de la norma, al que ya se han dedicado interesantes y completos estudios⁶, sino de apuntar algunos de los problemas de interpretación y aplicación que la LPPI plantea en el marco de las relaciones laborales.

II. Precisiones en torno al ámbito personal y material de la Ley de protección de los informantes

La LPPI responde, al igual que la Directiva que traspone, a un doble objetivo. Por una parte, fortalecer y fomentar la cultura de la información y las estructuras de las entidades dirigidas a posibilitar dicha información para prevenir o detectar amenazas al interés público. Para ello, no solo se impone a las empresas y a las autoridades la obligación de articular diversos canales o sistemas de información, –unos internos, integrados y bajo la responsabilidad de las organizaciones, y otros externos, a cargo de las autoridades públicas–, sino que también se exige la accesibilidad y proximidad de tales canales a los trabajadores, para facilitar su uso y garantizar la tramitación diligente de las informaciones o denuncias realizadas. Por otra parte, la LPPI persigue otorgar una protección adecuada a quienes utilicen los sistemas de información y denuncien acciones u omisiones contrarias al ordenamiento, para evitar que el temor a una represalia inhiba la denuncia o comunicación de información. A tales efectos, la garantía de confidencialidad sobre la identidad del informante, el anonimato y la sanción de las represalias constituyen los elementos esenciales sobre los que pivota la protección.

En torno a ambas finalidades se articula todo el contenido de la norma que, tras identificar su ámbito material y personal de aplicación, atiende a la regulación de los sistemas internos y externo de información y diseña la protección de los informantes.

⁶ Vid, entre otros, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER y S. DEL REY GUANTER, “Whistleblowing y contrato de trabajo: la trascendencia laboral de la Ley 2/2023, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones y delitos”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 264, 2023, L. MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE: “Un paso más en la protección frente a represalias en la empresa: la Directiva “Whistleblowing” y la Ley de protección de las personas informantes”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 265, 2023.

En su art. 3, la LPPI delimita su ámbito subjetivo de aplicación, identificando a las personas que son objeto de protección por su condición de informantes. A tal efecto, se señala expresamente que la norma se aplica a los trabajadores por cuenta ajena y empleados públicos, pero también a los trabajadores autónomos, accionistas partícipes y personas pertenecientes al órgano de administración, así como a las personas que trabajen para o bajo la supervisión de contratistas, subcontratistas y proveedores. Además, la protección se extiende a los informantes cuando su relación laboral todavía no se haya iniciado o cuando ya haya finalizado, siempre que la información que comunican o revelan se haya obtenido en el marco de la relación laboral o en el proceso de selección o de negociación precontractual. Igualmente, se protege a voluntarios, becarios y trabajadores en proceso de formación. Lo relevante pues es que la información se haya obtenido en un contexto laboral o profesional, tanto en una fase previa, como durante el desarrollo de la prestación de servicios o incluso después de finalizada. Las medidas de protección del informante también se aplican a los representantes legales de las personas trabajadoras cuando han colaborado con el informante asesorándolo y apoyándolo.

En cuanto al ámbito material de aplicación de la LPPI, su art. 2 precisa que la Ley protege a quienes informen, a través de alguno de los procedimientos previstos, de:

- a) Cualesquiera acciones u omisiones que puedan constituir infracciones del derecho de la UE, siempre que entren dentro del ámbito de aplicación de los actos de la UE enumerados en el Anexo de la Directiva 2019/1937, afecten a intereses financieros de la Unión o incidan en el mercado interior. Si se acude al Anexo, es fácil advertir que se incluyen numerosas materias respecto de las cuales la persona trabajadora va a poder ejercer una función de informante de infracciones en el sentido previsto en la Ley, por tratarse de temas a los que la persona trabajadora puede fácilmente tener acceso en el marco de su relación laboral. Así ocurre con materias como seguridad de los productos, seguridad del transporte, protección del medio ambiente, seguridad de los alimentos, sanidad animal y bienestar de los animales, salud pública, protección de los consumidores, protección de la privacidad y de los datos personales, o, en fin, seguridad de las redes y los sistemas de información.
- b) Acciones u omisiones que puedan ser constitutivas de infracción penal o administrativa grave o muy grave, entendiendo comprendidas, en todo caso, todas aquellas infracciones penales o administrativas graves o muy graves que impliquen quebranto económico para la Hacienda Pública y para la Seguridad Social. Se trata, en este caso, de información sobre cualesquiera infracciones constitutivas de delitos o faltas penales o infracciones administrativas, graves o muy graves, sea cual sea la materia, sin que deban limitarse exclusivamente a delitos o infracciones vinculadas con los derechos y obligaciones de contenido laboral o de Seguridad Social.

Solo la información referida a las materias señaladas cuenta con la tutela prevista en la LPPI, de modo que, como se verá más adelante, el uso de los canales para revelar otro tipo de información, aun siendo posible, no permite acceder a la protección que la norma ofrece a los informantes.

III. Problemas prácticos en torno a los canales internos de información

1. Canal interno de información, canal externo y revelación pública: la preferencia legal por el canal interno de información

Para atender al primer objetivo –fomentar la cultura de la información y facilitar la denuncia de delitos e infracciones– se impone a determinadas entidades, tanto del sector público como del privado, la obligación de establecer un Sistema interno de información (SII), esto es, un canal para que los empleados y, en general, las personas relacionadas por motivos profesionales con la organización, puedan informar o denunciar ilícitos conocidos en ese marco. Junto a ese sistema interno de información, la LPPI contempla la articulación de canales externos de información o denuncia, integrados en la Autoridad Independiente de Protección del Informante (AAI) o en las autoridades u órganos autonómicos correspondientes. Finalmente, el denunciante puede optar por la revelación o información pública, acudiendo a los medios de comunicación o cualquier sistema de difusión.

La LPPI atribuye prioridad o preferencia al sistema interno de información, que se califica como “cauce preferente” (art. 4), como vía para informar de los ilícitos administrativos o penales. De este modo, los trabajadores deberán, en primer lugar, utilizar el sistema interno de información existente en la empresa donde prestan servicios para denunciar o informar sobre infracciones o ilícitos que hayan conocido en el marco de su actividad laboral.

No obstante, se permite que el trabajador acuda directamente al canal externo de denuncias, sin necesidad de agotar previamente el canal interno, cuando estime que la denuncia no va a ser tratada de forma efectiva en el seno de su empresa o cuando tema sufrir represalias. En ese caso, el recurso al canal externo no priva en absoluto al trabajador de la protección que la LPPI brinda a los denunciantes. Podría sorprender que el legislador no haya sido más estricto para fijar las condiciones que permiten acudir directamente al canal externo. Sin duda, el espíritu de la norma permite entender que la mera alegación por el trabajador de su desconfianza sobre el canal interno o de su temor a sufrir represalias serán suficientes para legitimar su recurso al canal externo de la AAI y, por tanto, otorgarle toda la protección que la LPPI contempla.

Como último recurso, el trabajador puede acudir a la revelación pública, reservada para los casos en que, una vez denunciada la decisión u omisión por canales internos y externos, no se han tomado las medidas adecuadas o cuando el informante tenga motivos para pensar que la infracción puede constituir un peligro inminente para el interés

público, exista riesgo de daños irreversibles, o, en fin, cuando habiéndose utilizado el canal externo, haya riesgo de represalias o pocas probabilidades de que se dé un tratamiento apropiado a la información.

La LPPI no establece, pues, una jerarquía estricta entre estos tres instrumentos de información, de manera que no se obliga al trabajador a intentar necesariamente la vía interna para después acudir al canal externo de denuncias y, solo tras el fracaso también de este canal, considerar abierta la vía de la revelación pública. Hay, eso sí, una preferencia, tanto del legislador europeo como del español, por que el trabajador utilice el canal interno. Esa preferencia responde, como advierte la Directiva (Considerando 33), a que la denuncia interna es el método más eficaz de recabar información de las personas que pueden contribuir a resolver con prontitud y efectividad los riesgos para el interés público⁷. Pero, sin duda, el juego de excepciones que permiten recurrir directamente al canal externo de denuncias y la amplitud con que las mismas están definidas, da en la práctica al trabajador un amplio margen para elegir el canal o forma de denuncia o comunicación de la información que quiere utilizar.

2. Problemas prácticos para la puesta en marcha del canal interno de información: delimitación de las empresas obligadas, plazos para su implementación y consulta con la representación legal de las personas trabajadoras

Entre las entidades del sector privado obligadas a implementar un sistema interno de información, el art. 10 LPPI, además de referirse a las entidades obligadas por la Directiva 2019/1937, a los partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales y sus fundaciones, siempre que reciban o gestionen fondos públicos, señala expresamente a las empresas que tengan contratados cincuenta o más trabajadores. De modo que cualquier empresa, sea cual sea su actividad, tendrá que implementar un canal interno de información si su plantilla alcanza los cincuenta o más trabajadores. No aporta la norma ningún criterio sobre cómo debe computarse el número de trabajadores ni cuándo debe efectuarse ese cómputo. Pero existen herramientas a nivel europeo útiles para determinar el tamaño de la empresa, concretar en qué momento debe entenderse que la empresa cumple tal exigencia o delimitar qué trabajadores se computan y cuáles no⁸. Las empresas que no están obligadas a disponer de un sistema interno de información, pueden no

⁷ En la práctica, que el sistema o canal interno se utilice efectivamente como instrumento preferente dependerá en buena medida de que el mismo se aprecie por los trabajadores como un sistema accesible, en términos de proximidad y facilidad de uso; garantista, en la medida en que se asegure la confidencialidad del informante; y seguro, en cuanto que ofrezca al trabajador seguridad de no sufrir represalias.

⁸ Recomendación de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas (2003/361/CE) y la Guía del usuario (actualizada) para 2020 sobre la definición de PYME. En estos documentos los Estados miembros pueden encontrar orientación, ejemplos de cálculos y respuestas a preguntas sobre cómo determinar el tamaño de una empresa, si el umbral de plantilla de 50 empleados debe medirse para cada entidad o teniendo en cuenta también las entidades vinculadas, si los trabajadores temporales, los aprendices o los empleados en permiso parental debe tenerse en cuenta para el

obstante implementarlo, en cuyo caso se ajustará a las exigencias y requisitos previstos en la LPPI (art. 10.2).

El plazo que la Ley fija para dar cumplimiento a esta obligación es de tres meses desde la entrada en vigor de la norma (DT 2ª.1 LPPI), plazo que finalizó el pasado 13 de junio de 2023, tipificándose su incumplimiento como infracción muy grave (art. 63.1.g LPPI). Dicho plazo, no obstante, se amplía para las empresas que cuenten entre cincuenta y doscientos cuarenta y nueve trabajadores, a las que se permite posponer la implementación del canal de denuncias hasta el 1 de diciembre de 2023.

La implementación del sistema interno de información es responsabilidad del órgano de gobierno o de administración de la empresa, que asume también la condición de responsable del tratamiento de datos personales (art. 5 LPPI). Se exige previa consulta con la representación legal de las personas trabajadoras. Parece evidente que la “consulta” remite, como indica el art. 64.1 ET, al intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre el empresario y el comité de empresa sobre una cuestión determinada, incluyendo, en su caso, la emisión de informe previo por parte del mismo. No basta, por tanto, con informar a la representación unitaria o sindical, sino que será preciso un proceso de diálogo e intercambio de pareceres con la misma. Lo mismo, por cierto, parece razonable exigir cuando se trate de adaptar los canales internos existentes a la entrada en vigor de la ley que, conforme a la DT 1ª LPPI “podrán servir para dar cumplimiento a las previsiones de esta ley siempre y cuando se ajusten a los requisitos establecidos en la misma”. Dicha adaptación deberá hacerse previa consulta con la representación legal de los trabajadores.

3. El “responsable del sistema interno de información” en la empresa: en busca de un estatuto jurídico apropiado.

El sistema interno de información, en el que se integra el canal o los canales internos de información, tiene por finalidad permitir que los trabajadores y demás personas mencionadas en el art. 3 LPPI puedan comunicar información sobre las infracciones administrativas o penales, tanto de forma escrita como verbal, garantizando la confidencialidad sobre la identidad del informante y de los terceros mencionados en la comunicación y fijando las reglas que aseguren el tratamiento y resolución de las denuncias presentadas.

Como garantía de funcionamiento eficaz y diligente del sistema interno de información, la LPPI exige que dicho sistema cuente con un responsable de la gestión, nombrado por el consejo de administración o de gobierno de la empresa. Dicho responsable ha de ser una persona física de modo que si se optase por que el responsable del Sistema fuese un órgano colegiado, este deberá delegar en uno de sus miembros las facultades de gestión del Sistema interno de información y de tramitación de expedientes de investigación (art. 8 LPPI).

cálculo del recuento o si una empresa estará sujeta a la obligación de establecer canales internos tan pronto como su plantilla alcance el número de 50 empleados.

En particular, en el caso de las empresas pertenecientes al sector privado, se establece que el responsable del SII será un directivo de la entidad. No obstante, probablemente con el ánimo de no incrementar el coste que la implementación del SII puede suponer para organizaciones empresariales de pequeño o mediano tamaño, la propia norma prevé que, cuando la naturaleza o la dimensión de las actividades de la entidad no justifiquen o permitan la existencia de un directivo responsable del sistema, será posible el desempeño ordinario de las funciones de un puesto o cargo directivo con las de responsable del sistema, tratando en todo caso de evitar posibles situaciones de conflicto de intereses. Expresamente se apunta la posibilidad de nombrar responsable del SII a la persona encargada de la función de cumplimiento normativo o de políticas de integridad, cualquiera que fuese su denominación y si ya existiera en la empresa. En la misma línea se expresa la Directiva que, en su Considerando 56, de forma más explícita aun, señala que *En las entidades de menor tamaño, podría tratarse de una función dual a cargo de un ejecutivo de la sociedad bien situado para comunicarse directamente con la dirección de la entidad, por ejemplo, un responsable de cumplimiento normativo o de recursos humanos, un responsable de la integridad, un responsable de asuntos jurídicos o de la privacidad, un responsable financiero, un responsable de auditoría o un miembro del consejo de administración.*

El responsable del sistema responde de la tramitación diligente de las informaciones recibidas. Precisamente por ello ocupa una posición relevante en la empresa. En muchos casos la tramitación de las informaciones o denuncias recibidas requerirá adoptar decisiones o tomar medidas que pueden llevar a la imposición de sanciones para la empresa, para sus órganos de gobierno o directivos. Una posición tan delicada requeriría, en mi opinión, la previsión de medidas adecuadas de protección también para los trabajadores que asumen el cargo de responsable del SII. La LPPI (art. 8.4) solo dispone que “deberá desarrollar sus funciones de forma independiente y autónoma respecto del resto de los órganos de la entidad u organismo, no podrá recibir instrucciones de ningún tipo en su ejercicio” y añade que “para el ejercicio de sus funciones deberá disponer de todos los medios personales y materiales necesarios para llevarlas a cabo”.

Se echa en falta, sin embargo, la previsión de alguna medida de protección frente a decisiones disciplinarias que la empresa pudiera adoptar frente a este trabajador como consecuencia del ejercicio de sus funciones. En relación con una figura de perfiles similares, el responsable o delegado de protección de datos, el art. 36.2 LOPD protege a dicho trabajador al establecer que “No será destituido ni sancionado por el responsable o el encargado por desempeñar sus funciones”. No sería extraño, a pesar del silencio de la LPPI respecto del responsable del SII, que los tribunales aplicaran analógicamente a estos trabajadores la protección que normativamente se prevé para otras figuras que comparten similitudes con estos responsables⁹.

⁹ Es lo que ha ocurrido precisamente con los delegados de protección de datos a los que la doctrina de suplicación ha reconocido el derecho de opción entre readmisión o indemnización en caso de despido improcedente, por analogía con la figura de las personas trabajadoras integrantes de los servicios de prevención (STSJ Madrid 29 de diciembre de 2021, R^o 476/2021).

4. Facilidades y problemas en la gestión de los canales internos: medios compartidos y externalización de la gestión. En particular, los canales internos en los grupos de empresa

Ya se han mencionado algunas especialidades que la LPPI contempla con la finalidad de facilitar y no hacer excesivamente gravoso el cumplimiento por las empresas, especialmente las de pequeño o mediano tamaño, de sus deberes en relación con el sistema interno de información. Entre ellas, el mayor plazo para dar cumplimiento a la obligación de contar con dicho SII, o la posibilidad de que el cargo de responsable del sistema recaiga sobre un directivo en la empresa, a cuyas funciones habituales se le añadirán las correspondientes a esta figura. Pero no son las únicas medidas que la norma incorpora con esa finalidad.

Se prevé la posibilidad de externalizar la gestión del sistema interno de información (art. 6 LPPI) en similares términos a los previstos en la Directiva. Pocos datos aporta la LPPI sobre el alcance de esta externalización, limitándose a señalar que se puede acudir a un tercero externo para gestionar el SII, aclarando que, a estos efectos, se considera gestión la recepción de informaciones (art. 6.1 LPPI). El Grupo de expertos de la Directiva ha señalado que la externalización supone que se puede confiar a terceros la recepción y el acuse de recibo de las denuncias o informaciones, la realización de las investigaciones pertinentes e incluso la comunicación con el informante para mantenerle informado de la tramitación de su denuncia. Pero esto no significa, en ningún caso, que la responsabilidad del funcionamiento del SII se traslade al tercero. Es la propia empresa obligada a disponer de SII la que mantiene la obligación de hacer el seguimiento de la infracción detectada.

La norma contempla también la posibilidad de que las empresas que tengan entre cincuenta y doscientos cuarenta y nueve trabajadores y que así lo decidan, compartan entre sí el Sistema interno de información y los recursos destinados a la gestión y tramitación de las comunicaciones, tanto si la gestión se lleva a cabo por cualquiera de ellas como si se ha externalizado, respetándose en todo caso las garantías previstas en esta ley (art. 12 LPPI).

En similares términos, y probablemente con la misma finalidad, se prevé que en las empresas que integran un grupo de sociedades, la sociedad dominante aprobará una política general relativa al Sistema interno de información y a la defensa del informante, y asegurará la aplicación de sus principios en todas las entidades que lo integran, sin perjuicio de la autonomía e independencia de cada sociedad. Se añade, además, que el Sistema interno de información y el responsable del sistema podrá ser uno para todo el grupo o uno para cada sociedad integrante (art. 11 LPPI).

En algunas organizaciones ya se ha planteado si estas previsiones legales abren la puerta a la posibilidad de que las empresas mencionadas, las que tengan entre cincuenta y doscientos cuarenta y nueve trabajadores y aquellas que, al margen de su tamaño, formen parte de un grupo de empresa, puedan compartir un único canal interno de información. El grupo de expertos de la Comisión sobre la Directiva ha aportado algunas consideraciones útiles para entender el alcance que debe darse a tales previsiones de la LPPI, que no hacen sino recoger las que, a su vez, contempla la Directiva en su art. 8.6.

Se recuerda, a tales efectos, que la accesibilidad y proximidad de los canales internos de denuncia a los trabajadores es clave para garantizar su eficiencia. De modo que la posibilidad de poner en común recursos se refiere a los sistemas para recibir las informaciones y también para realizar las investigaciones, reduciendo los costes y logrando economías de escala, ayudando así a las pequeñas y medianas empresas a cumplir sus obligaciones en relación con la creación de canales internos. La misma conclusión se ha alcanzado por el Grupo de expertos en relación con los grupos de empresa. Al respecto, se ha insistido en que cada entidad jurídica con cincuenta o más trabajadores está obligada a establecer canales y procedimientos para la denuncia interna. No hay excepción a esta regla que exima de esta obligación a las personas jurídica pertenecientes al mismo grupo de sociedades. Una previsión en sentido contrario constituiría una transposición incorrecta de la Directiva.

La razón detrás de esta interpretación es evidente: la eficiencia de los canales de denuncia pasa por su proximidad a los denunciantes. Para facilitar la denuncia, los canales deben ser accesibles para el denunciante: i) debe facilitarse información exhaustiva sobre su uso y sobre los procedimientos para denunciar externamente a las autoridades competentes en el sitio web y/o los locales de la entidad jurídica en la que trabaja el denunciante; ii) se debe designar una persona o departamento imparcial en la entidad jurídica con la que el denunciante tiene una relación laboral para el seguimiento de la denuncia, dar retroalimentación y mantener comunicación con el denunciante; y, en fin, iii) los denunciantes podrán tener derecho a solicitar una reunión física en la empresa con la que tengan una relación laboral.

La insuficiencia de un único canal de denuncia es todavía más evidente cuando se trata de grupos cuyas empresas filiales estén ubicadas en distintos Estados, ya que las normas aplicables en cada uno de ellos pueden diferir en función de cada legislación nacional aplicable. Dicho esto, y partiendo de que cada empresa debe contar con su propio canal interno de información, nada impide que el trabajador recurra, a efectos de comunicar la información sobre infracciones o delitos, al canal de la empresa matriz. El Grupo de expertos señala que la finalidad de la normativa sobre protección de los informantes es facilitar y fomentar la denuncia de modo que, si el trabajador estima más adecuado optar por el canal de denuncias de la matriz, estará igualmente protegido frente a posibles represalias o consecuencias perjudiciales.

IV. La protección de los informantes

1. Condiciones para que opere el sistema de tutela y protección de los informantes: muchas exigencias y poca claridad

La delimitación que la LPPI hace de su ámbito personal de aplicación (art. 3) no significa que automáticamente estas personas estén protegidas por la ley. Para que opere esa protección es preciso, por una parte, que la información o denuncia se haya tramitado mediante

los canales o sistemas de información que la Ley prevé y que las empresas y autoridades hayan puesto en marcha y, por otra, que la información se refiera a las infracciones del derecho europeo, o a las infracciones penales o administrativas que la LPPI contempla.

El primer requisito señalado plantea la cuestión de si una información o denuncia trasladada a la empresa por una vía distinta o ajena al canal de información existente en la empresa permite al trabajador beneficiarse de la protección que la LPPI otorga. Al respecto, es preciso tener en cuenta que las medidas que esta norma contempla no sustituyen, sino que se añaden a las que vienen aplicándose para tutelar y evitar perjuicios a los trabajadores que, por cualquier vía o mecanismo, han trasladado denuncias a la empresa¹⁰. Tampoco debe olvidarse que el Grupo de expertos ha señalado que la protección de la Directiva alcanza también a quienes sufren represalias antes incluso de haber informado por los cauces formales en la empresa, cuando se han limitado a plantear sus preocupaciones de manera informal o a través de consultas a un superior en la empresa¹¹. Y, en fin, debe advertirse que las personas trabajadoras tienen a su disposición no solo los canales internos de información de su empresa empleadora sino también los de otras empresas, por ejemplo aquellas en las que efectivamente prestan servicios, como ocurre en el caso de trabajo en contratas o subcontratas. En estos casos, la protección del informante y la prohibición de represalias opera al margen del canal de información que la persona trabajadora haya utilizado y opera tanto respecto de su empleador como respecto de otras empresas implicadas.

Lo segundo, el que la información se refiera a algunas de las materias previstas en el art. 2 LPPI, puede suscitar también problemas cuando la entidad empresarial permite expresamente que el canal interno se utilice para informar o denunciar conductas u omisiones distintas de las que la ley menciona en su art. 2. El art. 7.4 LPPI, tras permitir expresamente esta posibilidad, dispone que, en estos casos, el informante no disfrutará de la protección prevista en la norma¹². Sin duda, esto genera la necesidad de delimitar adecuadamente cuándo el trabajador va a estar protegido y cuando, por el contrario, no podrá ampararse en la tutela que le ofrece la LPPI. Es responsabilidad de la empresa mantener adecuadamente informados a sus trabajadores sobre el efecto y las consecuencias que derivan del uso de los canales internos de información, especialmente cuando estos se habilitan para comunicar informaciones más allá de las previstas en la ley de protección de los informantes.

Junto a estas precisiones de carácter general, la LPPI somete la aplicación de las medidas de protección que ofrece a los informantes a ciertas condiciones, unas formu-

¹⁰ A estos efectos, la libertad de expresión o de información y la garantía de inmunidad permiten garantizar la tutela de las personas trabajadoras que, sin estar incluidas en el ámbito de protección de la LPPI, informan de la comisión de infracciones o irregularidades.

¹¹ De hecho, se califica como infracción muy grave “cualquier intento o acción efectiva de obstaculizar la presentación de comunicaciones” (art. 63.1.a) LPPI).

¹² Señala dicho precepto que “Los canales internos de información podrán estar habilitados por la entidad que los gestione para la recepción de cualesquiera otras comunicaciones o informaciones fuera del ámbito establecido en el artículo 2, si bien dichas comunicaciones y sus remitentes quedarán fuera del ámbito de protección dispensado por la misma”.

ladas en sentido positivo –deben concurrir para que el informante esté protegido–, y otras en sentido negativo –de modo que si se aprecian no operará la protección–. Así, el art. 35 LPPI advierte que las medidas de protección operan si: a) el informante tiene motivos razonables para pensar que la información es veraz, aun cuando no aporten pruebas concluyentes, y b) que la comunicación o revelación se ha realizado conforme a los requerimientos legales. Y se excluyen de la protección: a) las informaciones que hayan sido inadmitidas por algún canal interno de información, b) informaciones referidas a conflictos interpersonales¹³, c) informaciones que estén ya disponibles al público o que constituyan meros rumores, y d) informaciones que se refieran a acciones u omisiones no comprendidas en el art. 2 LPPI.

Buena parte de estos condicionantes se contemplan también en la Directiva. Muchos de ellos responden a la comprensible finalidad de evitar que los trabajadores utilicen los sistemas de información con la exclusiva finalidad de blindar su relación laboral frente a posibles medidas empresariales o simplemente para perjudicar a compañeros. El Considerando 32 de la Directiva apunta, en este sentido, que *“Para gozar de protección al amparo de la presente Directiva, los denunciadores deben tener motivos razonables para creer, a la luz de las circunstancias y de la información de que dispongan en el momento de la denuncia, que los hechos que denuncian son ciertos. Ese requisito es una salvaguardia esencial frente a denuncias malintencionadas, frívolas o abusivas, para garantizar que quienes, en el momento de denunciar, comuniquen deliberada y conscientemente información incorrecta o engañosa no gocen de protección”*. Esa finalidad torticera de las denuncias o comunicación de información se aprecia también en la LPPI que califica como infracción muy grave “Comunicar o revelar públicamente información a sabiendas de su falsedad” (art. 63.1.f) LPPI).

Pero la ley, para delimitar las informaciones que gozan de protección, recurre a numerosos conceptos indeterminados y de difícil precisión y que a buen seguro plantearán numerosos problemas de interpretación. ¿Cómo y quién ha de valorar si efectivamente el informante piensa razonablemente que la información es veraz? ¿hasta dónde o con qué rigor puede exigirse al informante conocer que la información que suministra ya está disponible o que no es un mero rumor? Cuestiones cuya respuesta es esencial, pues de ella depende que opere o no la protección y que, precisamente por ello, puede inhibir a posibles informantes ante la incertidumbre de si estará o no protegido frente a posibles represalias. Por eso la Directiva advierte, también en su Considerando 32, que el requisito de tener motivos razonables para creer que la información es cierta garantiza que la protección no se pierda cuando el denunciante comunique información inexacta sobre infracciones por

¹³ Por “conflictos interpersonales”, se ha señalado, deben entenderse las controversias entre dos o más personas que no alcanzan el grado de infracciones graves o muy graves o delitos, incluso si la conducta o la acción por una de las partes –o las dos– pueden ser consideradas como reprobables. Pero quedan fuera de dicho concepto supuestos de acoso en sus distintas dimensiones –moral, laboral, sexual...–, dado que trasciende el conflicto meramente entre dos personas –o entre la persona acosadora y un conjunto de personas acosadas–, para introducirse en el terreno de la (eventual) violación de derechos fundamentales (M. RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO-FERRER y S. DEL REY GUANTER, “Whistleblowing y contrato de trabajo: la trascendencia laboral de la Ley 2/2023, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones y delitos”, cit.).

error cometido de buena fe. De manera similar, los denunciante deben tener derecho a protección si tienen motivos razonables para creer que la información comunicada entra dentro de su ámbito de aplicación. Los motivos de los denunciante al denunciar deben ser irrelevantes para determinar si esas personas deben recibir protección.

En definitiva, como apunta la Exposición de Motivos de la LPPI, la buena fe, la conciencia honesta de que se han producido o pueden producirse hechos graves perjudiciales constituye un requisito indispensable para la protección del informante. Esa buena fe es la expresión de su comportamiento cívico y se contrapone a otras actuaciones que, por el contrario, resulta indispensable excluir de la protección, tales como la remisión de informaciones falsas o tergiversadas, así como aquellas que se han obtenido de manera ilícita.

2. Contenido de la protección: la prohibición de represalias ¿nulidad o improcedencia de las medidas empresariales adoptadas frente al trabajador informante?

La protección de los informantes que diseña la LPPI, siguiendo el modelo de la Directiva 2019/1937, remite básicamente a la prohibición de represalias y a la previsión de medidas de apoyo consistentes en asesoramiento e información, asistencia por parte de las autoridades competentes e, incluso, apoyo financiero y psicológico. Además, se contempla una suerte de compliance para las personas que hubieran participado en la comisión de una infracción administrativa y que informen de su existencia, siempre que cumplan determinadas condiciones, previéndose la posible exención o atenuación de la sanción que correspondería por la infracción cometida (art. 40.1 LPPI).

La medida de protección estrella es, sin duda, la prohibición de represalias. Por tales se entienden “cualesquiera actos u omisiones que estén prohibidos por la ley, o que, de forma directa o indirecta, supongan un trato desfavorable que sitúe a las personas que las sufren en desventaja particular con respecto a otra en el contexto laboral o profesional, solo por su condición de informantes, o por haber realizado una revelación pública” (art. 36.2 LPPI). El apartado 3 de este precepto identifica, a título enunciativo, diversas decisiones empresariales que pueden constituir represalias, tales como el despido, la suspensión, las sanciones disciplinarias, la no renovación de un contrato temporal, la denegación de ascensos o de formación... En definitiva, cualquier decisión empresarial que perjudique al trabajador en su desarrollo profesional o en el mantenimiento de su relación contractual como consecuencia de su condición de informante.

La adopción de medidas de represalia constituye una infracción muy grave (art. 63.1.b) LPPI), lo cual por sí mismo, dada la elevada cuantía de las sanciones previstas (art. 65 LPPI), puede ser un instrumento eficaz para reprimir la adopción de cualquier medida desfavorable hacia el trabajador como respuesta a su condición de informante.

Pero, en caso de que tales represalias hayan llegado a producirse, se plantea qué calificación y tratamiento debe darse a estas decisiones empresariales adoptadas en perjuicio de la persona trabajadora que haya recurrido a los sistemas, internos o externos, de

información o haya revelado públicamente dicha información. No sirve, a estos efectos, la previsión del art. 36.5 LPPI porque este precepto se refiere exclusivamente a la “nulidad de los actos administrativos que constituyan represalia o causen discriminación tras la presentación de comunicaciones o revelaciones”. Pero la prohibición explícita, tal y como aparece en el art. 36.1 LPPE, podría ser suficiente para sostener la nulidad de la represalia, conforme a lo dispuesto en el art. 6.3 del Código Civil cuando señala que “los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”.

En puridad, la sanción jurídica de la represalia no puede ser otra que la declaración de su nulidad¹⁴. Y ello en la medida en que la represalia constituye una vulneración del derecho a la libertad de expresión del denunciante. Aunque algunos pronunciamientos judiciales han apreciado que las medidas adoptadas por la empresa frente a un trabajador que ha denunciado previamente determinados ilícitos podrían constituir una vulneración de la garantía de indemnidad y por tanto del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), el TEDH ha señalado en diversas sentencias que el derecho en juego en estos casos es la libertad de expresión y el derecho de información¹⁵.

Y en los mismos términos se ha expresado el Tribunal Constitucional, que, en su Sentencia 146/2019, de 26 de noviembre, analiza la relevancia de la utilización de una denuncia interna para apreciar la legitimidad del ejercicio del derecho a la libertad de expresión por la persona trabajadora y declarar la nulidad del despido del trabajador, decidido como consecuencia de una denuncia efectuada por el trabajador sobre el deficiente funcionamiento del centro de trabajo donde prestaba sus servicios¹⁶. La Directiva 2019/1937 también señala (Considerando 31) que *Las personas que comunican información sobre amenazas o perjuicios para el interés público obtenida en el marco de sus actividades laborales hacen uso de su derecho a la libertad de expresión. El derecho a la libertad de expresión y de información, consagrado en el artículo 11 de la Carta y en el artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, incluye el derecho a recibir y comunicar informaciones, así como la libertad y el pluralismo de los medios de comunicación.*

Las medidas empresariales que resulten perjudiciales para el trabajador serán pues declaradas nulas en la medida en que constituyan una represalia por su condición de informante, esto es, cuando se adopten en respuesta o reacción al uso por el trabajador de los sistemas de información, ya sean internos o externos o se haya recurrido a la revelación pública. Ello, obviamente, no implica que el trabajador informante esté blindado

¹⁴ También la Exposición de Motivos de la Ley 2/2023 advierte que la finalidad de la ley es evitar que quien pueda tener intención de informar o denunciar se inhiba de hacerlo por temor a futuros perjuicios. Y afirma que “de ahí que *la primera medida sea la contundente declaración de prohibir y declarar nulas aquellas conductas que puedan calificarse de represalias*”.

¹⁵ STEDH de 14 de febrero de 2023, Asunto Halet vs. Luxemburgo.

¹⁶ Vid al respecto, R.P. RON LATAS y J.F. LOUSADA AROCHENA, “Libertad de expresión en el trabajo y represalias por denunciar irregularidades”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Vol. 24, 2020, págs. 192-212.

frente a cualquier decisión empresarial, pues nada impide la legitimidad de estas medidas si se llevan a cabo dentro del ejercicio regular del poder de dirección al amparo de la legislación laboral, por circunstancias, hechos o infracciones acreditadas, y ajenas a la presentación de la comunicación, no se considerarán represalias (art. 36.3.a) LPPI).

La solicitud de nulidad de los actos empresariales de represalia estará pues sometida, en principio, a las mismas exigencias, en cuanto a la carga probatoria, que cualquier demanda fundada en la lesión de derechos fundamentales. El trabajador habrá de aportar indicios suficientes para que el órgano judicial considere que la decisión empresarial puede estar motivada por la previa denuncia o información revelada por el trabajador. Pero la LPPI también facilita esa carga probatoria que pesa sobre el trabajador. Dispone su art. 38.4 que “una vez que el informante haya demostrado razonablemente que ha comunicado o ha hecho una revelación pública de conformidad con esta ley y que ha sufrido un perjuicio, se presumirá que el perjuicio se produjo como represalia por informar o por hacer una revelación pública. En tales casos, corresponderá a la persona que haya tomado la medida perjudicial probar que esa medida se basó en motivos debidamente justificados no vinculados a la comunicación o revelación pública”.

Esta presunción en favor del trabajador denunciante puede generar, no obstante, problemas aplicativos cuando se trata de denunciantes anónimos. Cualquier decisión empresarial que el trabajador considere perjudicial puede ser impugnada por este alegando la existencia de una represalia. Lo mismo también podría ocurrir aun cuando el trabajador ha revelado su identidad, porque en estos casos, el deber de confidencialidad que pesa sobre los responsables del sistema interno de información puede determinar que el órgano empresarial que toma una decisión perjudicial para ese trabajador desconozca su condición de informante y, por tanto, la protección y garantías que le amparan. Nada impide, porque la ley no lo prevé, que opere la presunción de represalia en favor de ese trabajador. Pero no parece descartable que se estime suficiente, para destruir la presunción de represalia, que la empresa demuestre que desconocía la condición de informante del trabajador.

3. Extensión temporal de la protección frente a las represalias

La protección frente a las represalias se extiende por un periodo de dos años¹⁷. Esto supone que el trabajador informante estará protegido frente a cualquier decisión de represalia que la empresa tome en ese plazo de dos años, siempre obviamente que se impugne dentro de los plazos previstos procesalmente, que varían en función del tipo de medida empresarial de que se trate. No supone esto que, transcurrido dicho plazo, el trabajador informante carezca de cualquier tutela, pero sí que esta deberá transitar por los cauces habituales de protección de la libertad de expresión o de información, sin los beneficios y ventajas que ofrece la Ley 2/2023.

¹⁷ Plazo ampliable en supuestos excepcionales (art. 36.4 LPPI).

No aclara la LPPI cuándo se inicia el cómputo de ese plazo de dos años: ¿desde que se presentó la denuncia o información? ¿desde que concluyó la investigación consecuente a la denuncia? ¿desde que la empresa adoptó las medidas oportunas como respuesta a la información suministrada por el trabajador denunciante? La Exposición de Motivos de la LPPI apunta que el *dies a quo* es el de la conclusión de la investigación. Este dato puede ayudar a precisar el cómputo del plazo, a pesar de que las exposiciones de motivos carecen de eficacia normativa. El art. 9.2.d) LPPI dispone que los sistemas internos de información deberán determinar el plazo máximo, que no podrá ser superior a tres meses desde que se recibió la comunicación, para dar respuesta a las actuaciones de investigación en el sistema interno de información¹⁸. Ese plazo puede, por tanto, actuar como fecha de inicio del cómputo de los dos años durante los que opera la protección.

Se trata, sin duda, de un plazo mucho más amplio del que, en la práctica, opera para cualquier otra nulidad por lesión de un derecho fundamental, porque la proximidad temporal entre el ejercicio del derecho y la medida empresarial lesiva de ese derecho se valora por los tribunales como un indicio relevante de la efectiva lesión del derecho, de modo que, en condiciones generales, cuanto mayor sea la distancia temporal entre ambos momentos mayores dificultades tiene el trabajador para probar la finalidad discriminatoria o lesiva de derechos fundamentales de la decisión empresarial que impugna.

Aun así, puede resultar insuficiente en determinados casos, especialmente cuando se trata de informantes anónimos cuya identidad llega a conocerse, por decisión del propio trabajador o por exigencias externas, tiempo después de concluirse la investigación y, por tanto, cuando ya haya finalizado o esté próximo su término, el plazo de tutela.

V. Algunas certezas y muchas incertidumbres en torno a la aplicación de la Ley de protección de los informantes

El análisis previo ha permitido, además de dar noticia de las principales novedades que incorpora la Ley 2/2023, identificar algunos de los problemas que la Ley plantea y apuntar posibles soluciones, bien a la luz de la literalidad de la norma, bien a partir de los criterios interpretativos que, en relación con la Directiva 2019/1937 de la que la norma trae causa, ofrecen las instituciones europeas.

Pero la LPPI suscita muchas otras cuestiones que aquí no han podido ser objeto de análisis: la delimitación entre la libertad de expresión que ejerce la persona trabajadora informante y el deber de confidencialidad que exige la buena fe o los compromisos expresos asumidos en el marco de la relación laboral; la necesidad del tutelar el derecho a la defensa de las personas que aparecen incluidas en la denuncia o información como posibles implicadas en un delito o infracción; el alcance, temporal y de contenido, de la gestión que debe hacerse de las informaciones o comunicaciones recibidas; las consecuencias

¹⁸ Por su parte, el art. 20 LPPI dispone, en relación con el canal externo de información de la AAI, que “El plazo para finalizar las actuaciones y dar respuesta al informante, en su caso, no podrá ser superior a tres meses desde la entrada en registro de la información”.

que, desde una perspectiva penal, puede conllevar el reconocimiento por la empresa de la comisión de un ilícito; las implicaciones en materia de protección de datos que suscitan los canales de información... Algunas de estas cuestiones aparecen apuntadas en la LPPI y, en ocasiones, se ofrecen pautas o criterios para su resolución. Pero, como ocurre con la totalidad de la Ley, se trata de criterios excesivamente amplios y genéricos, necesitados de una interpretación que los delimite en su aplicación práctica. Y estos, como se ha dicho en otro lugar¹⁹, son solo aspectos parciales de una norma especialmente compleja cuya aplicación práctica suscitará sin duda nuevos e inesperados problemas difíciles de anticipar.

¹⁹ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER y S. DEL REY GUANTER, “Whistleblowing y contrato de trabajo: la trascendencia laboral de la Ley 2/2023, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones y delitos”, cit.

Novedades en materia de incapacidad temporal

News regarding temporary disability

Amparo Esteve Segarra

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universitat de València

ORCID ID: 0000-0003-3773-4668

doi: 10.20318/labos.2023.7930

Resumen: El artículo aborda tres reformas en la prestación de incapacidad temporal. En primer lugar, la LGSS ha sido modificada para atender a las novedades introducidas por la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. En segundo lugar, la reforma operada por el Real Decreto-Ley 2/2023, también introdujo cambios, en vigor a partir del 17 de mayo. Finalmente, para cerrar esta secuencia legal diacrónica en sentido inverso, hubo cambios derivados del Real Decreto 1060/2022 y la Orden IMS/2/2023.

Palabras clave: Incapacidad temporal, género, salud reproductiva, salud laboral, enfermedad.

Abstract: The article deals with three reforms in the provision of temporary disability. In the first place, the LGSS has been modified to meet the novelties discovered by LO 1/2023, of February 28, which modifies LO 2/2010, of March 3rd, on sexual and reproductive health and the voluntary termination of pregnancy. Secondly, the reform operated by Royal Decree-Law 2/2023, also introduced changes, effective as of May 17. Finally, to close this diachronic legal sequence in reverse, there were changes derived from Royal Decree 1060/2022 and Order IMS/2/2023.

Keywords: Temporary disability, gender, reproductive health, occupational health, disease

1. Introducción

En un plazo breve de tiempo, la prestación de incapacidad temporal ha sufrido diversos cambios. Si bien ninguno de ellos, tiene carácter de reforma estructural, merece la pena detenerse en las modificaciones introducidas y sus efectos prácticos. Yendo de atrás hacia adelante, y de mayor a menor importancia, en primer lugar, la Ley General de Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, en adelante, LGSS) ha sido modificada para atender a las novedades introducidas por la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se reforma la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud

sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo¹, con efectos a partir del 1 de junio de 2023². En segundo lugar, la reforma operada por el Real Decreto-Ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones también introdujo cambios, en vigor a partir del 17 de mayo. Finalmente, para cerrar esta secuencia legal diacrónica en sentido inverso, hubo cambios derivados del Real Decreto 1060/2022, de 27 de diciembre y la Orden IMS/2/2023, en vigor desde el 1 de abril.

2. Las situaciones especiales de incapacidad temporal introducidas por la Ley Orgánica 1/2023, de salud sexual y reproductiva

En concreto, en la ley se reconocen tres nuevas situaciones de incapacidad temporal (en adelante, IT) relacionadas con la mujer trabajadora, que serían las siguientes:

- a) Aquellas en que pueda encontrarse la mujer en caso de menstruación incapacitante secundaria (situación de incapacidad derivada de una dismenorrea generada por una patología previamente diagnosticada).
- b) La debida a la interrupción del embarazo, voluntaria o no, mientras reciba asistencia sanitaria por el Servicio Público de Salud y esté impedida para el trabajo, sin perjuicio de aquellos supuestos en que la interrupción del embarazo sea debida a accidente de trabajo o enfermedad profesional, en cuyo caso tendrá la consideración de situación de IT por contingencias profesionales.
- c) Situación especial de incapacidad temporal para la mujer embarazada desde el día primero de la semana trigésima novena de gestación.

Estas tres causas son de aplicación no sólo en el Régimen General, sino también en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y en el Régimen Especial de la Minería del Carbón. Merece la pena detenerse primero, en cada una de estas tres situaciones; y, en segundo lugar, valorar dichas situaciones “especiales de incapacidad temporal por contingencias comunes”, en la terminología que utiliza la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero.

2.1. Incapacidad temporal por menstruaciones incapacitantes secundarias

En este análisis se partirá de tratar de descifrar qué es una menstruación incapacitante secundaria (2.1.1) y después de delimitar cuál es la protección articulada para su cobertura (2.1.2).

¹ Publicada en el BOE de 1-3-2023. Corrección de errores en BOE 16-3-2023.

² D.F. 3ª LO 1/2023 modifica algunos preceptos de la LGSS, pero con una vigencia que se difiere a 1 de junio de 2023 (DF 17ª LO 1/2023).

2.1.1. La situación protegida: ¿qué es una menstruación incapacitante secundaria?

Debe precisarse que la situación de necesidad no deriva de cualquier menstruación, sino que la norma la ciñe a “menstruaciones incapacitantes secundarias”. Este concepto se define como dismenorrea generada por una patología previamente diagnosticada. Aunque como juristas podríamos pensar que la LGSS no precisa estas patologías, por lo que a priori, esta puede ser cualquier enfermedad que provoque dolor de regla siempre que esté previamente diagnosticada, esta conclusión sería precipitada sin analizar el término médico de dismenorrea secundaria. En este sentido, se ha distinguido entre reglas dolorosas y dismenorreas secundarias. Merece la pena reproducir el análisis de la ciencia médica que señala:

“Entre el cincuenta y el noventa por ciento de las mujeres tienen reglas que pueden ser dolorosas, que es lo que llamamos dismenorrea. La mayoría de estas situaciones son primarias en contraposición con las secundarias que veremos a continuación por estar relacionadas con alguna patología orgánica. Las primeras, presentan un dolor de corte espasmódico, tipo calambre en el bajo abdomen, recurrente con cada menstruación. Pueden ir acompañados de otros síntomas como náuseas o diarrea. ... Suele aparecer en la adolescencia, propio de mujeres jóvenes y puede ir mejorando con la edad y también tras una gestación. Suele ser de causa desconocida, lo que en términos médicos se denomina «esencial».

La dismenorrea secundaria, es aquella que va empeorando con el tiempo y suele ser secundaria a patología orgánica, es decir, tiene vinculación con una causa como endometriosis (pacientes que tienen tejido endometrial fuera de su sitio). No obstante, no siempre hay una causa orgánica evidente que justifique la existencia de dismenorrea. En cualquier caso, este tipo de dolor menstrual suele ser más incapacitante que la primera”.

Por consiguiente, la situación de incapacidad temporal no deriva de simples dolores de regla (disminorrea), sino que se exige que sea incapacitante y secundaria, esto es, que incapacite para trabajar y que derive de una patología. Esta interpretación se coherente con lo que se explica en la Exposición de Motivos de la LO 1/2023, que, con carácter ejemplificativo, alude a patologías tales como “endometriosis, miomas, enfermedad inflamatoria pélvica, adenomiosis, pólipos endometriales, ovarios poliquísticos³, o dificultad en la salida de sangre menstrual de cualquier tipo, pudiendo implicar síntomas como dispareunia, disuria, infertilidad, o sangrados más abundantes de lo normal, entre otros”. Se requiere, por consiguiente, una prescripción facultativa de asistencia sanitaria e impedimento temporal para el trabajo, y alguna doctrina ha aludido, que debería ser diagnosticada por personal especialista en ginecología (Miñarro y Molina, 2023: 95).

³ Por alguna doctrina científica médica se ha aludido a que el síndrome ovario poliquístico no debió incluirse en el elenco, pues no es técnicamente una causa de dismenorrea, y que “los pólipos, sí lo son, pero se suelen operar, luego sería una causa de dismenorrea puntual y solucionable que, como tal, no generaría la contingencia que estamos analizando” (De Fuentes García-Romero Tejada y Armijo Suárez, 2023).

2.1.2. La protección

La cobertura protectora tiene un claro el carácter finalista de la norma, que trata, en palabras de la propia Exposición de Motivos, “de dar una regulación adecuada a esta situación patológica con el fin de eliminar cualquier tipo de sesgo negativo en el ámbito laboral”. Este carácter finalista se plasma en el régimen jurídico de este supuesto de incapacidad temporal, que tiene un tratamiento beneficioso en al menos tres cuestiones.

- En primer lugar, en cuanto a los requisitos, pese a considerarse una contingencia común, el derecho a la prestación no se supedita a ningún requisito de carencia previa.
- Además, respecto a la duración no se considera una misma patología a efectos de las recaídas. Por consiguiente, cada proceso se considerará nuevo sin computar a los efectos del período máximo de duración de la situación de IT, ni de su posible prórroga.
- En tercer lugar, el subsidio se abonará a cargo de la Seguridad Social desde el mismo día de baja en el trabajo (art. 173 LGSS). En este sentido, para evitar críticas empresariales y estigmatizaciones (Miñarro y Molina, 2023:100), el tratamiento de las bajas por “reglas incapacitantes” parece ofrecer el mejor tratamiento económico existente entre todos los supuestos de IT en la medida en que se abonará desde el mismo día de la baja, en línea con las contingencias profesionales (CP), si bien liberando a las empresas de cualquier pago, a diferencia de la IT por CP donde la empresa tiene una obligación de pago del salario íntegro del día de la baja por esta causa.

2.2. Incapacidad temporal derivada de una interrupción del embarazo con necesidad de asistencia sanitaria e imposibilidad de trabajar

En este caso, la situación de IT deriva de una interrupción del embarazo, sea esta voluntaria o involuntaria, que provoque la necesidad de asistencia sanitaria y la imposibilidad de trabajar. En la segunda situación de IT puede derivar de situaciones de incapacidad física o psíquica y respecto a estas, se requerirá de un “diagnóstico médico de duelo perinatal patológico” que impida la continuación “normal” del trabajo (Miñarro y Molina, 2023: 96-97). Como en la situación anterior, se establece un régimen privilegiado respecto a otras situaciones de incapacidad temporal por contingencias comunes plasmado en cuatro aspectos. Primero, aun siendo común, el derecho a la prestación no se condiciona a ningún requisito de carencia previa. Segundo, en la situación especial de incapacidad temporal por interrupción del embarazo, el subsidio se abonará a cargo de la Seguridad Social desde el día siguiente al de la baja en el trabajo, siendo pagado a cargo de la entidad gestora o colaboradora. Tercero, respecto al abono, se precisa que corresponderá a la

empresa el salario íntegro correspondiente al día de la baja. Cuarto, la duración no está prevista y se producirá, por tanto, en el momento del alta médica.

Debe señalarse que en cuanto a su cuantía se abonará de la siguiente forma: Primer día, salario. Del segundo día al vigésimo: 60% de la Base Reguladora de IT por contingencias comunes. Y del día vigésimo primero en adelante: se pagará el 75% base reguladora. En cuanto a la forma de abono opera el pago delegado, pero la prestación estará finalmente a cargo de la entidad gestora o colaboradora. Volviendo a la cuantía, esta prestación tiene una protección por debajo del subsidio por nacimiento y cuidado de menor, que consiste en el 100 por 100 de la base reguladora correspondiente.

Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que no todas las situaciones de aborto dan lugar a la protección de incapacidad temporal, puesto que el aborto involuntario producido tras la semana 26ª de gestación, esto es, un embarazo de más de 180 días, puede cubrirse con la prestación de nacimiento y cuidado del menor, con fundamento en los arts. 48.4 ET y 8.4 RD 295/2009, de 6 de marzo⁴. Ciertamente en esta prestación de nacimiento y cuidado del menor, a diferencia de la situación de IT analizada, el período de carencia también varía en función de la edad de la persona beneficiaria, al igual que ocurre en el subsidio de IT que se verá a continuación, esto es, la IT por gestación en la trigésimo novena semana (*vid. infra* ap. 2.3). Recuérdese en que en la prestación por nacimiento y cuidado del menor tiene una duración de 16 semanas. En esta última prestación opera el pago directo y únicamente se deduce la cuota obrera, pues está exenta de retención fiscal.

2.3. Incapacidad temporal por gestación en la trigésimo novena semana

La situación de embarazo tradicionalmente podía dar lugar a la necesidad de descanso, a situaciones de enfermedad durante el embarazo y a otras de riesgo para el mismo derivado del trabajo. Tradicionalmente la necesidad de descanso sólo podía ser atendida mediante la prestación por nacimiento y cuidado del menor⁵ o bien, si se trataba de una enfermedad, mediante una baja médica, pero sometida dicha baja los requisitos generales de cualquier IT. Con la regulación actual se introduce un supuesto muy particular de incapacidad temporal si se está en la semana 39ª de prestación por gestación avanzada y, con este fundamento, relacionado con la necesidad de descanso, en este período de gestación avanzada se reconoce el derecho al subsidio de forma objetiva y automática, esto es, sin necesidad de acreditar que la mujer embarazada está incapacitada para el trabajo.

⁴ Recuérdese que dicho precepto establece que, en supuestos de muerte del hijo, la prestación no se verá reducida, salvo que, una vez finalizadas las seis semanas posteriores al parto, la madre solicitara reincorporarse a su puesto de trabajo. Este precepto prevé que este precepto también se aplica al feto, aunque este no reúna las condiciones establecidas en el artículo 30 del Código civil para adquirir la personalidad, siempre que hubiera permanecido en el seno materno durante, al menos, 180 días.

⁵ En relación con la prestación por nacimiento y cuidado del menor, ha de señalarse que en los casos de parto, el disfrute no necesariamente se produce después del nacimiento, sino que según el artículo 48.1 ET, la madre biológica puede anticipar el ejercicio de la baja hasta cuatro semanas antes de la fecha prevista del parto. La cuantía de esta prestación por nacimiento y cuidado del menor es del 100% de la BR.

A diferencia de las situaciones anteriores de IT, que no exigían períodos previos de cotización, en la IT por gestación en la trigésimo novena semana, se produce una asimilación a lo que ocurre en el subsidio por cuidado del menor, por remisión al art. 178.1 LGSS, esto es, según la edad que se tenga cumplida en el momento del inicio del descanso. A estos efectos, recuérdese que no se exigirá si la beneficiaria es menor de 21 años. En los casos en los que la beneficiaria tenga más de 21 años y menos de 26, se requiere 90 días en los 7 años anteriores a la suspensión del contrato o 180 días a lo largo de toda la vida laboral. Si es mayor de 26 años: se requiere una cotización de 180 días en los últimos 7 años o 360 días a lo largo de toda la vida laboral.

En cuanto su pago, el primer día de baja corresponde pagar el salario íntegro a la empresa; del día segundo al vigésimo se abonará el 60% de la base reguladora de la incapacidad temporal por contingencias comunes y del día vigésimo en adelante, el 75% de la base reguladora. A estos efectos, opera el pago delegado y se abonará a cargo de la Seguridad Social desde el día siguiente al de la baja en el trabajo.

La duración de la situación especial de incapacidad temporal a partir de la semana trigésimo novena de gestación se fija hasta el parto. Si bien la norma añade que esta duración del subsidio desde que se inicie la baja laboral hasta la fecha del parto, se excluye cuando “la trabajadora hubiera iniciado anteriormente una situación de riesgo durante el embarazo, supuesto en el cual permanecerá percibiendo la prestación correspondiente a dicha situación en tanto ésta deba mantenerse”. En realidad, más que un criterio de duración, es una regla de incompatibilidad (Aragón Gómez), de manera que la IT por encontrarse en la semana 39ª de gestación, deviene incompatible con el subsidio de riesgo por embarazo, primando este sobre aquel.

2.4. Elementos comunes: gestión de los partes de baja, confirmación y alta, cotización y pago

Como quiera que las tres situaciones especiales de IT tienen la consideración de contingencias comunes, la emisión de los partes de baja, confirmación y alta corresponderá al Servicio Público de Salud (en adelante, SPS) al que esté vinculado la persona trabajadora en función de su domicilio (Boletín RED 7/2023). El personal facultativo del SPS emitirá estos partes de acuerdo con los códigos de diagnóstico facilitados por el Ministerio de Sanidad.

En los tres nuevos supuestos de IT se mantiene la obligación de cotizar por parte de la empresa. A estos efectos, se modifica el apartado 4 del art. 144 LGSS, que queda redactado en su primer párrafo, como sigue: “La obligación de cotizar continuará en la situación de incapacidad temporal, cualquiera que sea su causa, incluidas las situaciones especiales de incapacidad temporal por menstruación incapacitante secundaria, interrupción del embarazo, sea voluntaria o no, y gestación desde el día primero de la semana trigésimo novena...”.

La norma aludía de forma imprecisa al pago por la Seguridad Social del subsidio, pero el Boletín RED 7/2023 ha apuntado que ello va a comportar que la cobertura sea

a cargo de la entidad que tenga asumida la gestión de la prestación de IT por contingencias comunes (el INSS o la Mutua). Ahora bien, rige el pago delegado por contingencias comunes, con lo que las situaciones especiales de IT se aplicarán a las liquidaciones de cuotas, compensándose desde el inicio de la prestación. Recuérdese que este inicio sería el mismo día de la baja médica en la situación especial de menstruación incapacitante secundaria y el día siguiente en las situaciones especiales de interrupción del embarazo y gestación desde la 39ª semana.

En el Boletín Red 07/2023, se aclara cómo se van a tramitar las tres situaciones especiales de incapacidad temporal hasta que se proceda a la implantación automática de condiciones de cotización asociadas a las tres situaciones especiales. En concreto, se precisa lo siguiente en relación con las actuaciones en el ámbito de la afiliación y la cotización: “Hasta que se proceda a la implantación de la aplicación automáticamente de las condiciones de cotización asociadas a cada una de las nuevas situaciones especiales de IT –lo que se informará a través de las vías de comunicación habituales–, en función de la información proporcionada por el Instituto Nacional de Seguridad Social –INSS– para la aplicación en las liquidaciones de cuotas de estas condiciones de cotización se deberá solicitar dicha aplicación a través del trámite “Situaciones especiales de IT” de la aplicación CASIA, ubicado en la siguiente ruta –Afiliación, altas y bajas/variación de datos cuenta ajena/Sit. Especiales IT–”.

SITUACIONES ESPECIALES IT	CUANTÍA PRESTACIÓN	Exige período mínimo cotización	peculiaridad de cotización/fracción cuota/ porcentaje/legislación	Colectivo incentivado	Tramos cotización	Recaída
Menstruación incapacitante secundaria	1ª a 20ª día → 60% BR	NO requiere	21/57/60%/247	8048	tramo del día 1 al 20º día IT	NO
	Con compensación diferida de IT: 25/57/60%/247		8050			
	A partir 21ª → 75% BR		21/57/75%/247	8048	tramo a partir día 21ª	
			Con compensación diferida de IT: 25/57/75%247	8050		
	Para trabajadores con pago directo de IT		22/08/100%/247	8049	Por el período de prestación comunicado por la entidad gestora	
Interrupción del embarazo	1º día → salario	NO requiere			1º día forma parte de tramo trabajado	En caso de recaída, el tramo se inicia en el día de la baja médica
	2º a 20ª día → 60% BR		21/57/60%/247	8052	Tramo del 2º día al 20º	
			Con compensación diferida de IT: 25/57/60%/247	8054		
	A partir 21ª → 75% BR		21/57/75%/247	8052	tramo a partir día 21ª	
			Con compensación diferida de IT: 25/57/75%247	8054		
	Para trabajadores con pago directo de IT		22/08/100%/247	8053	Por el período de prestación comunicado por la entidad gestora	
Interrupción del embarazo (Con origen en Cont. profesionales)	1º día → salario		Aplicación de peculiaridad 23 ó 27 (en caso de compensación diferida) de acuerdo con las reglas generales de aplicación de IT de AT. Tramo desde día 2º.			
	A partir del 2º → 75% BR					
Gestación de la mujer trabajadora desde el 1º día de la 39ª semana	1º día → salario	SI			1º día forma parte de tramo trabajado	En caso de recaída, el tramo se inicia en el día de la baja médica
	2º a 20ª día → 60% BR		21/57/60%/247	8056	Tramo del 2º día al 20º	
			Con compensación diferida de IT: 25/57/60%/247	8058		
	A partir 21ª → 75% BR		21/57/75%/247	8056	tramo a partir del día 21ª	
			Con compensación diferida de IT: 25/57/75%247	8058		
	Para trabajadores con pago directo de IT		22/08/100%/247	8057	Por el período de prestación comunicado por la entidad gestora	
	Si no se cumple el requisito de período mínimo de cotización para acceder a la prestación				Tramo desde el 2º día	En caso de recaída, el tramo se inicia en el día de la baja médica

Actuaciones en el ámbito de la gestión de los partes de IT. Información proporcionada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS).

2.5. *Cuantía*

La prestación económica consistirá en el pago del subsidio por contingencia comunes con algunas diferencias con la IT “tradicional” en función de cada situación específica:

- Menstruación incapacitante secundaria:
- Interrupción del embarazo
- Interrupción del embarazo por contingencias profesionales
- Gestación de la mujer trabajadora desde el primer día de la semana 39^a.

A estos efectos, puede partirse de lo especificado en el cuadro resumen del Boletín 7/2023. Resulta curioso que ello no se haya previsto en la norma legal, que se limita a señalar en algunos supuestos que el subsidio se percibirá desde el mismo día de la baja.

2.6. *Valoraciones*

Para algunos, estos supuestos de IT “especiales” aparecen como avances en la protección específica de las mujeres, atendiendo a sus diferentes condiciones biológicas y a la necesidad de una perspectiva de género en salud laboral y protección frente a la enfermedad, que se prevé en el art. 27 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI). También es objeto de atención en el RD 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad, en el anexo, en el punto 4, donde en el diagnóstico de la situación se hace referencia a la salud laboral desde la perspectiva de género. La Ley 15/2022, promueve el carácter integral de la tutela de la condición de salud de la mujer (arts. 4.4 y 15.5).

Pese a esta indudable base, desde diversas perspectivas se ha criticado algunos aspectos de la ley. De entrada, el Dictamen del CES al texto, había incidido en el riesgo de restablecer la analogía entre embarazo y enfermedad, en que quizá la prestación de incapacidad temporal no fuera la más adecuada para dar cobertura a la ausencia del trabajo, por ejemplo, en la recta final del embarazo frente a otras prestaciones. Así se señala:

“En esta misma línea, el CES entiende necesario evitar que la configuración de la mejora de la protección de las gestantes comporte restablecer la analogía entre embarazo y enfermedad, hace tiempo superada, por lo que llama la atención el uso de la figura de la incapacidad temporal para cubrir la ausencia del trabajo en la recta final del embarazo, existiendo otras prestaciones del sistema que quizá podrían albergar mejor la protección de la salud y el bienestar de la gestante en esta fase”.

Respecto a la primera objeción, en concreto, la asimilación entre embarazo y enfermedad es cierto que desde 1994 se habría optado a nivel legislativo por separar la suspensión por maternidad biológica (embarazo y nacimiento) de situaciones de suspensión por dolencias temporalmente incapacitantes (Miñarro y Molina, 2023: 86).

En cuanto al tratamiento de alguna de estas situaciones en otras prestaciones, se ha dicho que por ejemplo la de riesgo por embarazo, no sería adecuada con carácter general, por exigir requisitos muy estrictos. De ahí que se había apuntado que el legislador hubiera optado por canalizar la protección a través de la prestación del riesgo durante el embarazo, hubiera sido necesario modular esta y desvirtuar la relación prestacional con el estricto riesgo profesional. De ahí que algunos autores apostaran mejor por separar las nuevas situaciones tanto de la prestación de riesgo por embarazo, como la de IT y crear una prestación específica (Miñarro y Molina, 2023: 89).

Sin embargo, no ha sido esta la opción del legislador que ha parecido incluir estas prestaciones que son exclusivas de las mujeres dentro de la protección general de la IT, aunque como situaciones especiales y con mejoras. Sin embargo, se ha apuntado que esta reconducción hacia la protección de forma específica hacia la rama común de IT, aún con modulaciones de mejora material, esto es, esta tensión entre especialidad y situación común, no dejará de plantear problemas interpretativos (Miñarro y Molina, 2023: 92).

Otra de las críticas incidiría en que estas nuevas situaciones apoyadas en la condición biológica y en evitar sesgos de género, podrían provocar un efecto rebote. Por ejemplo, se habría señalado que una baja médica por reglas todos los meses algunos días puede ser insostenible para las empresas. Sin embargo, ha de insistirse en que la situación especial no es la de simplemente de reglas dolorosas.

Además de estas críticas al paradigma de la protección finalista, habría otras más concretas a diferentes aspectos de cada una de las situaciones de IT especiales.

2.6.1. Las críticas a la primera situación especial de IT: ¿necesaria, suficiente, insuficiente o excesiva?

Aunque es incontrovertible el carácter finalista de la regulación de incapacidad temporal derivada de menstruaciones dolorosas e incapacitantes, cabe señalar que se ha discutido en la doctrina cuál es el fundamento de esta especial protección. En concreto, si se trata de un riesgo vinculado a la condición de mujer o, más específicamente, vinculado a la salud reproductiva (Aragón Gómez). Sin embargo, sea uno u otro el fundamento, han existido opiniones para todos los gustos. Desde ámbitos médicos se ha considerado que esta causa de incapacidad temporal era una normativa necesaria “reclamada desde hace tiempo por especialistas de la atención ginecológica de las mujeres”, aunque se ha exigido una mejor definición legal (De Fuentes García-Romero Tejada y Armijo Suárez, 2023).

En opinión de estas mismas personas facultativas, pese a la valoración positiva de una regulación especial para proteger a la mujeres en el ámbito laboral, se ha señalado que “es un concepto que debe mejorarse” porque al exigirse que la dismenorrea esté generada por una patología no se tienen en cuenta que las reglas dolorosas no siempre tienen asociada una patología orgánica subyacente previamente diagnosticada, por no

conocerse la enfermedad (pues hay casos que no son fáciles de identificar)⁶ o no estar diagnosticada, sino en estudio. Además, aluden a que debería haberse incluido como otra causa de incapacidad menstrual la hipermenorrea refractaria a tratamiento, esto es, los sangrados abundantes que no se palían con los fármacos habituales, porque “esta patología, aunque no sea no siempre dolorosa, tiene como consecuencia que la mujer sangra en tanta cantidad que le impide realizar su trabajo habitual y cotidiano, dado que se mancha y desborda los productos de higiene femenina”. Por otra parte, en opinión de estas personas especialistas en ginecología, la norma peca a la vez por exceso en la definición, pues además de incluirse en el elenco de enfermedades que según la exposición de motivos de la Ley pueden causar una menstruación dolorosa incapacitante secundaria, alguna patología que no tiene tal carácter⁷, debería haberse recogido que las dismenorreas deben ser “refractarias al tratamiento”, ya que “muchas de las patologías ... suelen responder correctamente a tratamientos hormonales (con la ingesta de anti-conceptivos o antiandrógenos), antiinflamatorios, por lo que no siempre el tener este tipo de patologías implicaría la incapacidad. Y pecaría también por defecto, al considerar aconsejable la inclusión de la incapacidad que se produce por dolor no sólo durante la menstruación, sino en días previos a que baje la regla, también durante la ovulación o incluso durante cualquier momento del ciclo menstrual (De Fuentes G.-Romero Tejada y Armijo Suárez, 2023: 5).

Otro de los problemas que puede plantearse es que, en la primera situación de IT, el dolor menstrual (con las condiciones antedichas de que sea secundario a una patología) puede determinar la incapacidad temporal en función de una valoración subjetiva de cada paciente. A estos efectos, se ha aludido a que es esencial recurrir a escalas de dolor estandarizadas, esto es, “que se establezca que se requiere una valoración cuantitativa y cualitativa por especialista mediante escalas de vida y del dolor (EVA)” (De Fuentes G.-Romero Tejada y Armijo Suárez, 2023: 6). Asimismo, estos autores inciden en la importancia del peritaje ginecológico por la evolución de algunas dismenorreas que mejoran con la edad, el embarazo o el tratamiento como medida de apoyo al personal facultativo de atención primaria.

En cambio, para otros autores, el calificativo de dolorosas es criticable, porque “probablemente distorsiona el planteamiento, pues se exige el efecto mayor de una incapacitación laboral” (Miñarro y Molina, 2023: 92). Estos mismos autores estiman que, según la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia, una de cada tres mujeres tiene reglas dolorosas, pero no tiene por qué ser incapacitantes. También citan un estudio según el cual 7 de cada 10 mujeres indicaron la necesidad de tener flexibilidad horaria

⁶ De Fuentes G.-Romero Tejada y Armijo Suárez, aluden por ejemplo, al caso de la adenomiosis, que consiste en la presencia de tejido endiométrico en el espesor del útero o los implantes peritoneales endiométricos que son difíciles de identificar con pruebas de imagen o sólo se pueden ver bien con cirugía (2023: 4).

⁷ De Fuentes G.-Romero Tejada y Armijo Suárez han criticado a que el síndrome ovario poliquístico no debió incluirse en el elenco, pues no es técnicamente una causa de dismenorrea, y que “los pólipos, sí lo son, pero se suelen operar, luego sería una causa de dismenorrea puntual y solucionable que, como tal, no generaría la contingencia que estamos analizando”.

o teletrabajar para una mejor gestión menstrual. Es decir, más por medidas de gestión flexible alternativas en las empresas más que por buscar una licencia o permiso retribuido (Miñarro y Molina, 2023: 93). A este respecto, la previsión de la situación especial de IT, no excluye la posibilidad de establecer otras medidas en la negociación colectiva, como la posibilidad de escoger la mujer de cambios de horarios, de funciones, opción de teletrabajo, jornada irregular, bolsas de horas, para paliar el absentismo por esta causa o las bajadas de productividad (De Fuentes G.-Romero Tejada y Armijo Suárez, 2023).

Señalaban Miñarro y Molina, que el denominado Manual de tiempos óptimos de incapacidad temporal (INSS, 2017: 98), preveía bajas asociadas a problemas médicos derivados de menstruaciones dolorosas. Por consiguiente, ante esta afirmación cabría preguntarse, si realmente se ha producido algún cambio con la reforma. Ciertamente, la posibilidad de IT ya existía para algunas mujeres con dolores agudos de reglas, pero la reiteración de IT por esta causa podía provocar la exclusión del mundo laboral, por no superación de períodos de prueba, no renovación de contratos temporales y despidos, como advertían De Fuentes G.-Romero Tejada y Armijo Suárez, por lo que acaso, la regulación actual ofrece una mejor protección frente a despidos.

En este sentido, la profesora Cristina Aragón ha reflexionado sobre si durante los tres supuestos de IT estarían las trabajadoras protegidas por despido. Su conclusión es que, en el caso de las menstruaciones dolorosas, la menstruación no es una enfermedad propiamente dicha, pero tratándose de una menstruación de una dismenorrea secundaria si existe una patología previa (incardinable en el art. 2.1 Ley 15/2022). En el caso del aborto, este no sería una enfermedad y la mujer no está ya embarazada, pero es un caso íntimamente unido a la condición de mujer. En tercer lugar, en el caso de la gestación avanzada, el embarazo de la mujer haría aplicable la nulidad objetiva prevista en los arts. 53.4.b) y 55.5.b) ET.

En relación precisamente con la duración de esta situación especial, Miñarro y Molina, 2023:101, aluden a que: “en su Memoria económica, el Gobierno utilizó un estudio de la revista BMJ Journals, en virtud del cual se indicaba que, de media, las mujeres encuestadas cogieron un día de baja al año por motivos menstruales”. ...”en algunos Anteproyectos se contemplaba una duración máxima de 3 días, ampliable a 5, pero finalmente se ha decidido no vinculara a término alguno, sin más límite que la propia duración la situación de necesidad cubierta”. Ahora bien, Miñarro y Molina, 2023:100, consideran en relación con la contingencia por menstruación incapacitante secundaria, que “dado que se trata de períodos cortos, ... lo coherente... la cuantía del subsidio fuese el 100 por 100, de modo que no pueda ser disuasoria esta pérdida económica (salvo mejor voluntaria) para las mujeres en orden a acudir a este tipo de bajas”.

2.6.2. La situación de IT por interrupción del embarazo

Algunas asociaciones feministas habían reivindicado un permiso por duelo perinatal en caso de pérdida de la gestación (muerte uterina) precoz (dentro del segundo semestre

de embarazo) para recuperación del fuerte efecto emocional de esta situación (*vid.* un elenco de estas propuestas en Miñarro y Molina, 2023: 89-91).

2.6.3. La situación de IT por gestación avanzada: ¿una prestación suficiente?

Respecto a la IT por gestación avanzada, se habría defendido que el subsidio evitaría el descuento de la prestación por nacimiento y cuidado del menor en caso de adelantar su disfrute al parto. Sin embargo, en este caso se habría criticado que la anticipación de una semana tendría un carácter pobre, por cuanto, el embarazo tiene una duración que oscila entre las 37 y las 42 semanas, siendo de media de 40 semanas. En este sentido, la principal crítica ha incidido en la duración que se limitaría a la trigésimo novena semana, pero no es decisión técnico-jurídica, sino de política de derecho y presupuestaria. Se considera más adecuada la semana 37, conforme a la experiencia comparada más relevante. Debe tenerse en cuenta que la reforma ha venido precedida de propuestas de determinadas asociaciones feministas y de especialistas en ginecología (*vid.* Miñarro y Molina, 2023: 89 -91) para mejorar la salud y el bienestar de las mujeres en relación con la salud reproductiva. En concreto, se reclamaba un permiso preparto para la última etapa del embarazo (desde la semana 36), como en Dinamarca, o desde la semana 34, en Alemania hasta el momento del parto. Sin embargo, finalmente estas propuestas no fueron asumidas, por resistencias del Gobierno de coalición porque en el borrador presentado inicialmente se pretendía que fuese en la semana trigésimo-sexta (Alemania), pero el Ministerio de Seguridad Social, pidió acotar su coste, de ahí que se aumentara el período embarazo a la semana trigésimo novena (Molina y Miñarro, 2023: 101).

3. Real Decreto 1060/2022, de 27 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, sobre gestión y control de los procesos de incapacidad temporal en los primeros 365 días de duración

Desde el 1 de abril de 2023⁸, se han realizado diversas modificaciones en el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, que regula determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros 365 días de su duración y su Orden de desarrollo Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio. En concreto, se han modificado los arts. 2, 6 y 7 de la norma reglamentaria. Con la finalidad de eliminar obligaciones burocráticas, la norma afecta a la gestión de los partes médicos de baja por incapacidad temporal⁹. En primer lugar, el cambio más importante es que se elimina el librar una copia en papel del parte médico de baja a la persona empleada por cuenta ajena a los efectos de

⁸ D.F. única RD 1060/2023. Con carácter transitorio, la D.T. única del mencionado RD establece que las previsiones introducidas por esta reforma resultan aplicables a partir de su entrada en vigor, a los procesos que en ese momento se encuentren en curso y no hayan superado los 365 días de duración.

⁹ Esta reforma no afecta a los partes de reposo.

que esta lo entregue en su empresa. En segundo lugar, y en sustitución de dicha entrega física de los partes, la baja, la confirmación y el alta el sistema se basa en que toda esta información será comunicada directamente por la Administración a las empresas con los datos necesarios para la gestión de la prestación y la compensación en la cotización de lo abonado en concepto de pago delegado.

En cuanto a los plazos, estos partes¹⁰ serán remitidos por los facultativos en el primer día hábil siguiente al INSS por vía telemática, quien a su vez los remitirá a la TGSS y a la empresa.

Cabría preguntarse entonces qué tiene que hacer la persona trabajadora. Por consiguiente, sin perjuicio de que conforme a las reglas de buena fe, las personas empleadas que estén enfermas pongan en conocimiento de la empresa empleadora su situación (art. 7.1 C.c. y art. 5.1.a) ET), las empresas conocerán la información de los partes médicos de IT de sus empleados a través de los ficheros INSS Empresas vía FIE¹¹ y FIER¹², según el tamaño de las empresas¹³, que permiten acceder a la información que existe en las bases de datos del INSS sobre las variaciones que experimenten las prestaciones reconocidas a los trabajadores de la empresa (Aragón, 2023). Esta a su vez, comunicará en el plazo máximo de 3 días dichas situaciones al INSS a través del sistema RED. En los partes de baja la empresa sólo comunicará los datos económicos (BNR 1/2023). A efectos de lograr mayor agilidad, se ha eliminado la necesidad de esta consignación en los partes de confirmación y alta. Y, por el contrario, se ha añadido un requisito adicional: describir las funciones desempeñadas por la persona trabajadora. Según establece el BNR 2/2023, la información que contendrán esos dos campos nuevos es muy relevante para el control de los procesos de IT, pues permitirá ajustar esos procesos y su duración en función de las tareas efectivamente realizadas por el trabajador, tanto de cara a su recuperación como a su reincorporación a la empresa (BNR 2/2023). La no transmisión de los datos por parte de la empresa dará lugar a una infracción administrativa de carácter leve (art. 21.6 LISOS).

Además, el RD 1060/2022 ha incidido en diversas competencias de los facultativos. De entrada, corresponde al personal facultativo que emita el parte médico de baja determinar la duración estimada del proceso. En segundo lugar, y lógicamente, esta duración puede ser alterada en un momento ulterior en función de la actualización del diagnóstico y de la evolución sanitaria de la persona. En tercer lugar, se ha añadido un nuevo párrafo en el art. 2.3.d) RD 625/2014, donde se señala: “En cualquiera de los procesos contemplados en este apartado, el facultativo del servicio público de salud, de la empresa colaboradora o de la mutua podrá fijar la correspondiente revisión médica en un período inferior al indicado en cada caso”.

¹⁰ Los nuevos modelos de parte se han establecido en la Orden ISM/2/2023, de 11 de enero, por la que se modifica la Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio.

¹¹ Es un sistema de transmisión de la información dirigido fundamentalmente a grandes empresas.

¹² Es un sistema de transmisión de la información de menos de 25 trabajadores.

¹³ Boletín Noticias Red 3/2023.

4. Cambios en la incapacidad temporal introducidos en el Real Decreto Ley 2/2023, de sostenibilidad del sistema de pensiones

Esta norma contiene diferentes cambios que pueden ordenarse de menor a menor. En primer lugar, hay cambios terminológicos, como las referencias a los “inspectores médicos” del INSS, que se sustituyen por “Inspección médica”, aunque existe algún olvido del masculino genérico como el del art. 175 LGSS, donde no se ha cambiado la alusión a los “médicos adscritos al INSS”.

En segundo lugar, hay cambios en los procesos de incapacidad temporal de más de 365 días. A estos efectos, se elimina la intervención de los equipos de valoración de incapacidades (EVI) en estos procesos de más de 365 días y menos de 545 días. Esta competencia es asumida por la Inspección Médica del INSS para emitir diversas actuaciones:

- Alta médica por curación/mejoría.
- Alta médica por incomparecencia injustificada a reconocimiento médico del INSS.
- Alta médica con propuesta de incapacidad permanente.
- Emisión de bajas médicas por misma/similar patología en los 180 días posteriores a la citada alta médica.
- Valoración de la discrepancia del SPS por disconformidad presentada por una persona trabajadora frente a un alta médica por curación/mejoría o incomparecencia injustificada a reconocimientos médicos del INSS.
- La emisión de bajas médicas por las misma o similar patología en los 180 días posteriores a la resolución denegatoria de IP en procesos de menos de 545 días. En cambio, ha de precisarse que conforme al art. 174 LGSS se mantiene la competencia del EVI o las comisiones de evaluación de incapacidades para valorar las bajas médicas por misma o similar patología en los 180 días posteriores a resolución denegatoria de IP, en procesos de más de 545 días, a los efectos de iniciar un nuevo proceso por una sola vez.

A estos efectos, a través del Boletín RED 7/2023, se ha aclarado que las empresas recibirán la comunicación de estas actuaciones de la misma forma que se están recibiendo actualmente, esto es, a través de SILTRA o el buzón correspondiente en el caso de Autorizaciones RED Directo.

Con el fin de agilizar trámites y evitar dudas, se aclara que, si no se dicta alta médica una vez agotado el plazo de 365 días, la persona en situación de incapacidad temporal se encontrará en situación de prórroga tácita, sin que exista obligación de que haya una resolución expresa que reconozca esta situación de prórroga. En algún blog se ha aludido a que la novedad no era tal, puesto que la prórroga tácita y la obligación de pago delegado se mantuvo en la situación de pandemia y por la falta de personal, donde el INSS dejó de emitir resoluciones de prórroga. Ello obviamente tiene consecuencias para las empresas, pues durante esta prórroga se mantiene la colaboración obligatoria en el pago

de la prestación, esto es, el llamado pago delegado. Por si no quedaba suficientemente claro, el Boletín RED 7/2023 puntualiza: “Por lo tanto, una vez agotado el plazo de 365 días, si la empresa no ha recibido ninguna comunicación de alta médica, deberá entender que la situación de IT del trabajador se ha prorrogado”. Esta previsión es aplicable no solo a los procedimientos de IT que se inicien con posterioridad a la entrada en vigor, sino también a los iniciados con anterioridad, salvo los casos en que se haya dictado la resolución prevista en el artículo 170.2 LGSS, en que seguirá abonándose directamente por la entidad gestora o la mutua.

Se señala asimismo que el pago delegado de la prestación de IT se mantendrá hasta:

- a) La notificación del alta médica por curación, mejoría o incomparecencia injustificada a reconocimientos médicos.
- b) Hasta el último día del mes en el que se haya expedido el alta médica con propuesta de IP.
- c) Hasta el transcurso del plazo máximo de 545 días de IT.
- d) Hasta los efectos de la resolución de disconformidad frente al alta médica.

En el primero de los supuestos, esto es, cuando se produce un alta médica por curación, mejoría o incomparecencia injustificada a reconocimientos médicos podía suscitarse la duda de si la colaboración obligatoria en el pago de la IT cesaba con el alta médica o con la notificación. El legislador asume aquí la posición jurisprudencial debiendo estarse a la fecha de la notificación, y no la del alta médica. También se aclara que esta notificación no es la realizada a la empresa, sino la de la persona trabajadora. Así, el Boletín RED 7/2023 aclara que las empresas recibirán dos comunicaciones. En la primera se informará de la emisión del alta médica en la que se indicará que será efectiva en el momento en que la persona trabajadora reciba la resolución, “manteniéndose la colaboración en el pago de la prestación hasta dicha fecha”. Y una segunda comunicación informando de la fecha de efectos del alta médica.

En los casos de incapacidad temporal más allá de 365 días, si la inspección médica adopta la decisión de iniciar el expediente de incapacidad permanente, la incapacidad temporal se prorrogará hasta el momento de la calificación de incapacidad permanente, en cuya fecha se iniciará el percibo de la prestación correspondiente, salvo que su cuantía sea superior a la de la incapacidad temporal, en cuyo caso se retrotraerá la pensión de IP.

Además de los cambios anteriores, cabe reseñar que el RD-L 2/2023 ha eliminado el coeficiente de parcialidad, modificando los arts. 247 y 248 LGSS, por lo que, a efectos del requisito de carencia para generar una IT por enfermedad común, todos los días naturales son computables como días cotizados.

Bibliografía

- ARAGÓN GÓMEZ, CRISTINA (2023). Las reformas de la incapacidad temporal. Foro Aranzadi. Ejemplar multicopiado¹⁴.
- CASTIELLA SÁNCHEZ-OSTIZ, JOAQUÍN y BAZAL CHACÓN, BLANCA (2023). El nuevo sistema de gestión de los partes de baja por incapacidad temporal a partir del 1 de enero de 2023, *Actualidad Jurídica Aranzadi* (993).
- DE FUENTES G.-ROMERO DE TEJADA, CARLOS y ARMIJO SUÁREZ, ONICA (2023). La nueva regulación de la dismenorrea o reglas dolorosas. Brief AEDTSS, 15, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- MIÑARRO YANINI, MARGARITA y MOLINA NAVARRETE, CRISTÓBAL (2023). *Una reinención sistémica de la Seguridad Social: reformas legales y reinterpretaciones judiciales de diligencia debida para corregir sus brechas de género*. Albacete: Bomarzo.
- MOLINA NAVARRETE, CRISTÓBAL (2023). Salud reproductiva y bienestar de las trabajadoras: ¿un tiempo de nuevos “derechos sexuados” desde la menstruación a la menopausia?. *Revista de trabajo y seguridad social. CEF* (471).
- RAMOS QUINTANA, MARGARITA (2023). Salud sexual y reproductiva: los nuevos derechos sociales para las mujeres. Brief AEDTSS.
- RIVAS VALLEJO, P. (dir.). *Tratado médico legal sobre incapacidades laborales*. 2ª edición. Pamplona: Aranzadi.

¹⁴ La profesora de la UNED tuvo la amabilidad de facilitarme la copia a este material.

Aplicación al ámbito laboral de las novedades introducidas por las últimas normas sobre igualdad de trato y no discriminación

Application to the workplace of the innovations introduced by the latest regulations on equal treatment and non-discrimination

Ana Isabel García Salas

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

ORCID ID: 0000-0001-7160-5005

doi: 10.20318/labos.2023.7931

Resumen: En el último año, la tormenta normativa en la que nos hemos sumido ha contribuido, entre otros logros, a una mayor ¿y mejor? codificación de los derechos a la igualdad de trato y no discriminación, a través de diversas regulaciones. Con mayor o menor acierto técnico-jurídico, lo evidente es que han alcanzado una significancia a la que no ha sido ajena el ordenamiento laboral. Reflexionamos aquí sobre las novedades más destacadas recogidas en estas normas en la medida en que han terminado afectando a nuestra disciplina.

Palabras clave: Novedades, igualdad, no discriminación, ley trans.

Abstract: In the last year, the regulatory storm into which we have plunged has contributed, among other achievements, to a greater (but better?) codification of the rights to equal treatment and non-discrimination, through various regulations. With more or less technical success, what is evident is that they have reached a significance in which the employment law is a protagonist. We reflect here on the most outstanding novelties included in these regulations to the extent that they have ended up affecting employment law.

Keywords: New regulations, equality, non discrimination, transgender law.

1. Una Ley de Igualdad de carácter integral

Comenzaba la ponencia que da paso a este escrito recordando las palabras de la profesora María Emilia Casas hace unos meses, en un seminario sobre este tema en la Universidad Carlos III de Madrid, en el que afirmaba que: “Cada momento histórico ha exigido una

determinada igualdad”¹. En la misma línea, reconocía D. Miguel Rodríguez-Piñero en un artículo reciente² que el concepto de discriminación, que tiene su base más propiamente en la protección de la dignidad de la persona, ha ido cambiando con el tiempo “tanto en la propia noción como en la lista de “factores odiosos” inaceptables y considerados y tratados como discriminatorios”. Y efectivamente, lo que hemos entendido y ahora entendemos por igualdad o por discriminación ha sufrido, sin duda, una evolución, no solo a lo largo del siglo XX, sino también en lo que llevamos de siglo XXI. Probablemente, todos los derechos precisan ser complementados en algunos momentos y actualizados en otros.

Tras un año de la aprobación de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, sabemos que buena parte de su articulado no ha tenido un extraordinario impacto a nivel jurídico, pues estamos ante una ley con cierta vocación divulgativa. De hecho, en algunos aspectos, se ha desperdiciado, en mi opinión, la oportunidad de cubrir o aclarar determinadas lagunas normativas. Pero es cierto también que ha sido una ley con relativa significancia, y que incluyó algunas novedades que nos parece conveniente comentar con la perspectiva del tiempo que ha pasado y las reacciones que ha suscitado.

En cuanto a su significancia, la Ley 15/2022 traspone de manera más adecuada las directivas europeas vigentes en materia de igualdad³. Se erige como ley general frente a leyes sectoriales o parciales, como la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres o el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (que la Ley 15/2022 no deroga), y como lo es también la nueva Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI (más conocida como Ley Trans); pero “respecto al resto de las causas de discriminación, la regulación era claramente insuficiente, dispersa y asistemática”⁴. Nos encontramos, por tanto, ante una ley integral respecto de los motivos de discriminación (incorporando todos los hasta ahora codificados y algunos más). Dice su Exposición de Motivos (EM) que esta ley “tiene la vocación de convertirse en el mínimo común normativo que contenga las definiciones fundamentales del derecho antidiscriminatorio español y, al mismo tiempo, albergue sus garantías básicas”. En realidad, no pretende tanto reconocer nuevos derechos como garantizar los que ya existen (en lo que se ha definido como ley de garantías); destacando

¹ CASAS BAAMONDE, M.E., “La nueva regulación legal de la igualdad y no discriminación a la luz de la Ley 15/2022”. Máster de Asesoramiento y Consultoría Jurídico Laboral. Campus Puerta de Toledo. UC3M. 20 de diciembre de 2022.

² RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., “Los contornos de la discriminación”, en *Temas Laborales*, núm.162/2022, p.12.

³ Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE.

⁴ ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., “La ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación: una regulación necesaria con un problema grave de enfoque”, en *Briefs de la AEDTSS*, 2022. <https://www.aedtss.com/la-ley-integral-para-la-igualdad-de-trato-y-la-no-discriminacion-una-regulacion-necesaria-con-un-problema-grave-de-enfoque/>

la introducción de instrumentos para abordar los casos de discriminación más graves. Básicamente, la norma positiviza una serie de conceptos, que ya estaban siendo empleados por nuestros tribunales, influenciados en gran medida por el derecho europeo, a los que me referiré enseguida. Lo que se pretende, en definitiva, es hacer frente de manera omnicomprendensiva a todas las formas de discriminación, atendiendo de manera particular a formas históricas (dice su EM), como resultado de una situación de exclusión social y sometimiento sistemático a través de prácticas sociales, creencias, prejuicios y estereotipos; pero también codificando nuevas realidades.

Antes de entrar en materia, hemos de detenernos en una de las cuestiones más llamativas de esta Ley, como ha sido su aprobación a través de ley ordinaria (igual que la Ley Trans, que también regula en definitiva los derechos de igualdad de trato y no discriminación, con algunos preceptos casi idénticos). Siendo ley orgánica la 3/2007 –aunque no lo son todas sus disposiciones–, se esperaba una norma de distinto rango; lo cual no quiere decir que fuera absolutamente preciso que esta ley se aprobara como ley orgánica. Tampoco lo es el art. 17 ET, que ha venido regulando la no discriminación en las relaciones laborales. Y es que ya declaró el TC, en S. 76/1983, de 5 de agosto, que la reserva de ley orgánica corresponde al “desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas” (según el art.81.1 CE), que la propia Constitución sistematiza en los arts. 15 a 29, quedando fuera, por tanto, el art. 14. No obstante, ha de recordarse también que los derechos fundamentales no son solo los comprendidos en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la Constitución; por lo que es difícil no considerar al derecho a la igualdad y a la no discriminación merecedor de las mismas garantías –como sí le reconoce el art.53.2 CE, por ejemplo, en relación con la tutela judicial a través de un procedimiento preferente y sumario o la propia tutela constitucional y en amparo–. Y sobre todo porque la Ley 15/2022 es una norma muy compleja, con un ámbito de aplicación muy amplio, tanto subjetivo (personas, físicas o jurídicas, públicas o privadas) como objetivo (el trabajo por cuenta ajena y propia, la educación, la sanidad, los medios de comunicación, las redes sociales, la gestión masiva de datos, etc.), que se aplica a aspectos muy distintos, lo que aconsejaba probablemente que se hubiera publicado definitivamente como ley orgánica (no porque ley ordinaria y ley orgánica tengan distinta jerarquía normativa, sino por una cuestión competencial)⁵. Así, como afirmaron Eva Blázquez y Daniel Pérez del Prado: “desde un punto de vista técnico, esta habría sido una fórmula acertada, no solamente porque se unifica el texto normativo al ser su objeto el mismo, sino porque se da le da una especial relevancia en el plano formal, si se prefiere estético. Solo razones de índole política explican esta separación, por más que en el estricto técnico jurídico esté justificado”⁶. Pero reconozcamos que estamos ante un tema controvertido; teniendo

⁵ El Tribunal Constitucional en fecha temprana (STC 5/1981) y posteriormente (entre otras, en la STC 213/1996) se alinea en torno a la idea de que las leyes orgánicas y las ordinarias no se sitúan en distintos planos jerárquicos, por lo que el principio de jerarquía normativa no es fundamento adecuado para enjuiciar la posible inconstitucionalidad de una ley ordinaria por supuesta invasión del ámbito reservado a la ley orgánica, sino que lo es el principio de competencia.

⁶ BLÁZQUEZ AGUDO, E. y PÉREZ DEL PRADO, D., “La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para

en cuenta, además, que, si la reserva de ley orgánica impide a la ley ordinaria regular las materias reservadas a aquélla, a la inversa también sería disconforme con la Constitución que la ley orgánica invadiera materias reservadas a la ley ordinaria (SSTC 5/1981 y 127/1994, así como STC 184/2012, de 17 de octubre), pues la necesidad de una mayoría cualificada para su ulterior modificación podría producir una petrificación abusiva en el ordenamiento jurídico.

2. Nuevas causas de discriminación

Sobre el ámbito subjetivo de aplicación, el art.2.1 de la Ley 15/2022 comienza reconociendo “el derecho de toda persona a la igualdad de trato y no discriminación con independencia de su nacionalidad, de si son menores o mayores de edad o de si disfrutan o no de residencia legal”. Se trata de una primera declaración algo extraña, con la que parece querer incidir la Ley sobre la vulnerabilidad en la que se encontrarían, por ejemplo, personas extranjeras, inmigrantes –legales o ilegales–, o incluso menores no acompañados en esta materia; aunque en la Disposición Adicional Cuarta, se afirma que lo dispuesto en esta ley no afecta a lo establecido en materia de extranjería. Aquí es donde se empieza a percibir que estamos ante una ley que no pretende en la mayoría de sus postulados introducir nuevas cuestiones o nuevos derechos, sino codificar máximas que ya se encuentran integradas en nuestro ordenamiento de alguna u otra manera (recuérdese, por ejemplo, el reconocimiento de los derechos fundamentales específicamente laborales para los trabajadores extranjeros “ilegales”, primero por el TC y posteriormente por la legislación de extranjería⁷).

Continúa este apartado primero con las causas de discriminación: “Nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. El art.2.1 añade, por tanto, en relación con el art. 17 ET: identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos. En este último caso particular-

la igualdad de trato y la no discriminación: un gran paso de final incierto”. *Revista Femeris*, Vol. 7, No. 3, p. 6. <http://www.uc3m.es/femeris>

⁷ El art.11 de la L.O. 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reconoció en sus versiones originales el derecho a sindicarse libremente y el derecho de afiliación a organizaciones profesionales, a los trabajadores extranjeros que estuvieran autorizados para trabajar, excluyendo a los trabajadores irregulares de este derecho. Sin embargo, se produjo un cambio radical de la concepción, titularidad y ejercicio de los derechos de los extranjeros, con la reforma elaborada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, bajo la interpretación constitucional y la adecuación al marco internacional de los mismos, con las SSTC 236/2007, de 7 de noviembre y 259/2007 de 19 de diciembre de 2007, y posteriores; las cuales ponían de manifiesto que el trabajador inmigrante, aún en situación irregular, goza de un estándar mínimo de derechos fundamentales en su condición de persona (y especialmente de persona que trabaja), de manera que, con estas restricciones al derecho a la libertad sindical, se estaba incurriendo en discriminación.

mente, se incorpora así al ordenamiento español de manera general⁸ un factor de discriminación que ha venido siendo reconocido en los textos internacionales⁹. Lengua dentro del Estado español ya se menciona en el ET; como también la condición social, en lugar de la situación socioeconómica a la que se refiere la Ley 15/2022, que puede vincularse igualmente con el ámbito educativo, el sinhogarismo y las situaciones de pobreza o aporofobia.

Algunas de las causas novedosas (identidad sexual, expresión de género, además de características sexuales) han sido incluidas expresamente en el texto del art.17 ET y en el art. 4.c) ET por mor de la Ley 4/2023, pero otras no. Y ello no tiene otra explicación, a mi entender, que el hecho de que la Ley 15/2022 no ha previsto expresamente que se modifique el ET, y la Ley 4/2023, sí (la cual también introduce modificaciones a la Ley de Empresas de Trabajo Temporal en la DF 3ª, a la LISOS en la DF 6ª, al Estatuto del Trabajo Autónomo en la DF 9ª o al Estatuto Básico del Empleado Público en la DF 16ª, en los términos que marca el leitmotiv de esta ley). Luego sí es cierto que la Disposición Final Octava, apartado 2, de la Ley 15/2022, establece que los artículos 9 a 11 (empleo por cuenta ajena, negociación colectiva y empleo por cuenta propia) constituyen legislación laboral, en los cuales se hace referencia en todo momento a (todas) las causas previstas en esta ley. La técnica legislativa nuevamente es algo caótica. Así, por ejemplo, el art. 8.12 LISOS ha sido modificado para que prevea ya expresamente como infracción la discriminación por razón de identidad sexual, expresión de género o características sexuales, pero no por enfermedad o condición de salud, aunque la salud sí se ha añadido como motivo de discriminación en el acceso al empleo al art.16.1.c) LISOS por parte de la DF1ª de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo y ya sabemos de la importancia del principio de tipicidad en el derecho administrativo sancionador (sobre lo que más adelante nos referiremos).

Las nuevas causas tampoco las define la ley, por lo que deberemos interpretarlas acudiendo a la jurisprudencia, a otros preceptos de la propia ley, o a otras leyes, incluso a normativa autonómica¹⁰. En el caso de la identidad sexual, por ejemplo, la STC 67/2022, de 2 de junio, que prefirió el término identidad de género (menos restrictivo

⁸ El art. 6 de la Ley 14/2007 de 3 de julio, de Investigación Biomédica, ya declaraba que “nadie será objeto de discriminación alguna a causa de sus características genéticas”.

⁹ Así, el art.6 de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos de la UNESCO (1997), el art.11 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano aplicado a la Biología y a la Medicina (ratificado por España el 4 de abril de 1997), el art.7 de la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos (2003), o el art. 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2009).

¹⁰ Así, por ejemplo, podemos traer a colación la Ley 19/2020, de 30 de septiembre, de igualdad de trato y no discriminación, de la Comunidad Autónoma de Cataluña, que recoge en su artículo 4 un conjunto bastante completo de definiciones, entre las que se incluyen la discriminación por razón de género: “La situación discriminatoria en que se encuentra una persona que es, ha sido o puede ser tratada, por razón de sexo o de circunstancias directamente relacionadas con su condición biológica, de una forma menos favorable que otra en una situación análoga. No son medidas discriminatorias por razón de sexo las que, aunque planteen un tratamiento diferente para hombres y mujeres, tienen una justificación objetiva y razonable, como las que fomentan la acción positiva para las mujeres, en la necesidad de protección especial por motivos biológicos o en la promoción de la corresponsabilidad entre hombres y mujeres”.

que el legal), la define como “la identificación de una persona con caracteres definitorios del género que pueden coincidir o no hacerlo con el sexo que se le atribuye, en virtud de los caracteres biológicos predominantes que presenta desde su nacimiento”. También define expresión de género como “el modo en que una persona exterioriza su género, en el contexto de las expectativas sociales, en relación con el modo de vestir, el uso de uno u otro nombre o pronombre, el comportamiento, la voz o la estética”. Más allá de esta cuestión, es la Ley 4/2023, la que ha ahondado en estos temas, como es lógico, refiriéndose en su art.3 a la prohibición de discriminación (de todos los tipos) por razón de orientación sexual (definida como atracción física, sexual o afectiva hacia una persona, que puede ser heterosexual, homosexual, o bisexual) e identidad sexual (esto es, vivencia interna e individual del sexo y como cada persona la siente y autodefine, pudiendo o no corresponder con el sexo asignado al nacer), expresión de género (aquí definida como manifestación que cada persona hace de su identidad sexual) o características sexuales (no definidas, pero referidas básicamente, entendemos, a aquellas características que distinguen un sexo de otro).

Asimismo, como hemos mencionado, la Ley 15/2022 introduce la discriminación por enfermedad (y más genéricamente, por condición de salud, y otros estados, predisposición genética y trastornos). Y lo hace de manera diferenciada de la discapacidad (incluso en su concepto amplio, según doctrina comunitaria¹¹); cuestión que ha revolucionado el espectro laboral, particularmente en materia de despidos, y más particularmente de despidos de trabajadores en incapacidad temporal, y que, por la necesidad de un análisis más profundo, no será objeto de este estudio, sino de otro de los trabajos de este número monográfico.

Esta permanente ampliación de los motivos de discriminación también ha sido analizada por el profesor Rodríguez-Piñero, ligándola con la propia transformación del significado de la discriminación de la que hablábamos al principio. Progresivamente se ha ido poniendo el acento, no tanto en la intención discriminatoria en sí, sino más bien en las consecuencias del trato diferenciado para la víctima y sus iguales, por el hecho de ser miembros de un determinado grupo o categoría de personas o por sus elecciones personales, para lo que “ha tenido una importancia relevante la aceptación de la noción de discriminación indirecta, que por su naturaleza tiene siempre una dimensión colectiva”¹².

Es por ello, que ha llamado la atención en esta Ley la omisión de circunstancias como la obesidad y el sobrepeso; que no siempre van relacionadas con la condición de salud o la discapacidad (en el sentido que le reconoció el TJUE¹³), sino que a menudo tienen que ver con el aspecto físico y la propia imagen, o incluso con un rechazo simple-

¹¹ STJUE de 11 de julio de 2006 (Asunto C-13/2005 Chacón Navas) y todas las posteriores.

¹² RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., “Los contornos de la discriminación”, *op.cit.* p.16.

¹³ La STJUE de 18 de diciembre de 2014 (Asunto C 354/13 Karsten Kaltoft) confirmó que, pese a no existir en el Derecho Comunitario una prohibición de discriminación por obesidad, sí resultaba posible calificar como “discapacidad” el exceso de peso de un trabajador, siempre que le supusiera una serie de dolencias físicas o psíquicas que, a su vez, le limitaran, durante un largo periodo de tiempo, su participación en la vida profesional en igualdad de condiciones que los demás trabajadores.

mente fruto del prejuicio (lo que se ha llegado a denominar “gordofobia”). De hecho, la prohibición de discriminación por este motivo ya se menciona de manera genérica dentro de nuestro ordenamiento, concretamente en el art. 37 de la Ley 17/2011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición. Es cierto que, siendo así, la obesidad no se ha incorporado, sin embargo, al art.17 ET de forma expresa, y caben dudas de que la Ley 17/2011 pudiera ser directamente aplicable al ámbito laboral¹⁴, pues no se hace ninguna referencia a ello en la norma. De hecho, doctrina judicial posterior, como la STSJ C. Valenciana 1259/2012 de 9 mayo¹⁵ (aunque referida a unos hechos anteriores a 2011), declaró improcedente, y no nulo, un despido por falta de llamamiento de un trabajador cuya obesidad en anteriores campañas no había supuesto un impedimento para la ejecución de los cometidos propios de su puesto de trabajo; pues la obesidad, según se entendió, no es una causa de discriminación, “sin que ni la normativa nacional, ni la comunitaria, haga referencia a esta circunstancia como causa de discriminación en sí prohibida y sin que pueda hablarse de una histórica segregación de las personas aquejadas de obesidad, máxime cuando en las sociedades actuales, es esta una enfermedad que afecta a la mayor parte de la población, y cuando, en el presente caso, no concurren circunstancias para estimar que la obesidad haya sido considerada en dimensión distinta de la alteración de la salud que supone o que puede suponer”. Pero no ha de negarse que al menos como apariencia física puede ser encuadrada como causa de discriminación en la cláusula abierta del art.14 CE, en cuanto pudiese afectar a la dignidad del trabajador como persona, tratándose de una condición indeleble y de un motivo de diferenciación injusto, y hasta odioso¹⁶. Tampoco es cierto que, a efectos de su consideración como móvil discriminatorio, afecte a la mayor parte de la población, sino en todo caso, a un grupo no superior al que constituyen las mujeres. Y no puede decirse que no haya sido tradicionalmente objeto de cierto rechazo o trato diferenciado; aunque no sea un problema histórico de la Humanidad, sino con origen reciente en el siglo XX. Es más, cuando las resoluciones judiciales ponen el acento en que se cumplan los requisitos del puesto de trabajo, nos dan a entender que, si no existiese ese requisito o cualquier otro legítimo interés empresarial, podríamos estar hablando de un motivo de diferenciación ilegítimo.

Finalmente, debemos subrayar la reciente recepción normativa de un nuevo motivo de discriminación o, más bien, de un nuevo subtipo de discriminación por razón de sexo, a través de la reforma exprés operada por el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio; el cual, entre otros temas heterogéneos (con una técnica legislativa que ya se describe por sí sola), traspone la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de

¹⁴ Como sí defiende en su interesante artículo MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M.A., “Obesidad y Sobrepeso, ¿Causa de discriminación laboral autónoma o necesaria vinculación con la discapacidad o la propia imagen?”, en la *Revista Trabajo, Persona, Derecho y Mercado*, de 29 de abril de 2022. <https://grupo.us.es/iwpr/2022/04/29/obesidad-y-sobrepeso-causa-de-discriminacion-laboral-autonoma-o-necesaria-vinculacion-con-la-discapacidad-o-la-propia-imagen/>

¹⁵ ECLI:ES:TSJCV:2012:4029.

¹⁶ En GARCÍA SALAS, A.I., *Necesidades empresariales y derechos fundamentales de los trabajadores*, Lex Nova, 2016, p.281.

20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores. Se reforma concretamente el art. 4.2.c ET para incluir el derecho de los trabajadores a no ser discriminados por razón de sexo (que cambia su ubicación), “incluido el trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres por el ejercicio de los derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral”. Se sigue hablando de discriminación por razón de sexo (y no de discriminación por conciliación o por circunstancias familiares) ante la evidencia aún hoy de la mayor carga soportada históricamente por las mujeres en este sentido y en la consideración de que la vulneración de los derechos de conciliación (aún de hombres) a quien termina perjudicando principalmente es a la mujer¹⁷. No se modifica, sin embargo, el art. 17 ET esta vez, ni tampoco el art.8.12 LISOS –reconociendo el derecho expresamente, por tanto, pero no las consecuencias de su vulneración–, aunque se amplían los supuestos de nulidad objetiva del despido de los arts. 53.4 y 55.5 ET para los trabajadores que hayan solicitado o estén disfrutando de las adaptaciones de jornada previstas en el artículo 34.8 ET.

3. Formas de discriminación y otros criterios a tener en cuenta

En cuanto a los tipos de discriminación (definidos en el art.6 de la Ley 15/2022), a las modalidades más clásicas (de discriminación directa e indirecta), se añaden otras más recientemente identificadas; algunas con cierta tradición ya, como la discriminación por asociación, por transferencia o refleja (esto es, cuando una persona o grupo en que se integra, debido a su relación con otra sobre la que concurra alguna de las causas previstas en la ley, es objeto de un trato discriminatorio)¹⁸ o el acoso discriminatorio (cuando, por razón de alguna de las causas de discriminación previstas en la ley, el sujeto se conduce con el objetivo o la consecuencia de atentar contra la dignidad de una persona o grupo en que se integra y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo); y otras más novedosas, como la discriminación por error (aquella que se funda en una apreciación incorrecta acerca de las características de la persona o personas discriminadas; cuando, por ejemplo, la empresa cree erróneamente que concurre una determinada circunstancia y actúa de forma discriminatoria, viéndose la víctima igualmente

¹⁷ Baste recordar el caso en el que, ante la existencia por acuerdo conciliatorio de una retribución variable por objetivos durante el permiso de maternidad y no durante el de paternidad (STS 793/2020, 23 de septiembre, ECLI:ES:TS:2020:2983), se advierte por el Alto Tribunal que ello “implica un claro desincentivo para el disfrute, total o parcial, del permiso de paternidad, lo que a la postre perpetúa la posición de la mujer como única responsable de las tareas domésticas y del cuidado y atención de los hijos, lo cual es una clara discriminación por razón de sexo ya que el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres comprende, claramente, la consecución de un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares en el cuidado de los hijos, lo que, en el supuesto que analizamos queda gravemente comprometido”.

¹⁸ Elaborada por el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea en su S. de 17 de julio de 2008 (Asunto C-303/06 S. Coleman contra Attridge Law), y que ya ha sido aplicada desde entonces por nuestros tribunales en el ámbito social.

afectada por esa decisión injusta)¹⁹, la discriminación múltiple (cuando una persona es discriminada de manera simultánea o consecutiva por dos o más causas de las previstas en esta ley) y la discriminación interseccional (cuando concurren o interactúan diversas causas de las previstas en esta ley, generando una forma específica de discriminación; la diferencia con la anterior estribaría en que la interseccional enfatiza la interconexión entre las distintas causas discriminatorias, por ejemplo, la situación socioeconómica de personas con un determinado origen racial o étnico). Además de todo esto, se tipifican expresamente comportamientos como la inducción, orden o instrucción de discriminar y las represalias²⁰, así como la inacción y la dejación de funciones, o el incumplimiento de medidas de acción positiva (novedad de esta ley, pero ya denominada en su momento “discriminación por omisión de acción positiva” por la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana)²¹, etc. La valoración que ha de hacerse de esta tipificación no puede ser otra que calificarla de muy válida y provechosa en términos de seguridad jurídica, dada la diversidad de comportamientos discriminatorios que pueden llegar a darse.

Continuando con las novedades introducidas por la Ley 15/2022 dignas de destacar en mi opinión, me detengo en una que ya fue objeto de comentario por mi parte en el Foro de Labos²², referida al art. 4.1, párrafo segundo de la Ley, el cual considera vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación “la denegación de ajustes razonables” (derivada de la doctrina de los ajustes razonables o de la acomodación razonable, nacida en EEUU para hacer cumplir las leyes contra discriminaciones en los centros de trabajo por motivos raciales, tradicional también en nuestra Jurisprudencia constitucional²³, y recogida en la Directiva 2000/78/CE²⁴, así como en la doctrina de nuestros

¹⁹ Circunstancia apreciada ya en la STSJ Galicia de 13 de abril de 2021 (ECLI:ES:TSJGAL:2021:975), por vulneración de la prohibición de discriminación por discapacidad ante la “apariencia” objetiva de incapacidad duradera del trabajador tras un atropello, que fue apreciada en un principio por el empresario al acudir al hospital, a la que se debe asociar un elemento subjetivo en la actuación del mismo al constatar la conexión temporal entre el accidente y la consiguiente apariencia de discapacidad, con la baja en la Seguridad Social acaecida ese mismo día. Como señala la sentencia, se aprecia “una conexión temporal tan fuerte que no cabe ninguna otra conclusión más que asociar causalmente la apariencia de discapacidad con el despido”. Se calificó como discriminación directa subsumible en el art. 2.2.a) de la Directiva 2000/78/CE.

²⁰ Que ya se encontraban previstas de algún modo en el art.17.1 párrafo segundo del ET: “Serán igualmente nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación”.

²¹ STSJ Comunidad Valenciana, 134/2021, de 24 de febrero (ECLI:ES:TSJCV:2021:66).

²² GARCÍA SALAS, A.I., “La obligación empresarial de realizar ajustes razonables. Un criterio que se consolida en la tutela de los derechos fundamentales”, Blog El Foro de Labos, 2022. <https://www.elforodelabos.es/2022/10/la-obligacion-empresarial-de-realizar-ajustes-razonables-un-criterio-que-se-consolida-en-la-tutela-de-los-derechos-fundamentales/>

²³ Desde la STC 19/1985, de 13 de febrero, evolucionando hasta la más reciente STC 51/2021, de 15 de marzo.

²⁴ Del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, siempre que no constituya una carga excesiva para el empleador (art. 5).

tribunales nacionales²⁵). Decía en mi entrada que, en un contexto general de conductas discriminatorias, nos sorprendió en un primer momento (para bien) su genérica mención por la Ley 15/2022. Aunque más adelante, equiparando tal denegación en el art. 6.1 a) a la discriminación directa, se definen los ajustes razonables como “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos”, en una transcripción literal del art. 2 m) de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Pero lo cierto es que hay más normas que han venido recogiendo esta idea de ajustes razonables para otros colectivos: el art. 4.3 de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de Trabajo a Distancia, que obliga a realizar los ajustes razonables que garanticen la igualdad de estos colectivos, o el art. 34.8. ET, dando derecho a adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, para hacer efectivo el derecho a la conciliación personal y familiar (adaptación que deberá ser razonable y proporcionada en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa²⁶).

Yo he afirmado que es un criterio cuya tendencia es consolidarse en la tutela de los derechos fundamentales en general: es una buena técnica para solventar, por ejemplo, el conflicto entre la libertad organizativa empresarial y derechos de los trabajadores a cambiar de turno de trabajo por necesidades de formación y promoción profesional; y, por supuesto, respecto del derecho de conciliación de la vida familiar y laboral, cuya inobservancia, lo mismo que viene ocurriendo con la denegación de ajustes razonables en los supuestos de discapacidad, podría entenderse ahora ya como una discriminación legalmente reconocida por RD Ley 5/2023²⁷, aunque la jurisprudencia viene jugando con

²⁵ Por ejemplo, las SSTSJ Galicia, de 28 de marzo de 2018 (ECLI:ES:TSJGAL:2018:2169), de 22 de julio de 2019 (ECLI:ES:TSJGAL:2019:4684) y de 13 de mayo de 2020 (ECLI:ES:TSJGAL:2020:2034).

²⁶ Según la reforma operada por el Real Decreto-ley 5/2023, “a partir de ahora la empresa deberá justificar su decisión siempre que no sea estimatoria de la petición de la persona trabajadora. Hasta ahora esta obligación solo estaba prevista cuando se denegaba la petición, pero no si se proponían alternativas” (como señala GORDO GONZÁLEZ, L., “Novedades laborales del RDL 5/2023, de 28 de junio, publicado en el BOE el 29 de junio”, Blog El Foro de Labos, 2023, <https://www.elforodelabos.es/2023/06/novedades-laborales-del-rdl-5-2023-de-28-de-junio-publicado-en-el-boe-el-29-de-junio/>). Como se sistematiza en esta entrada, la norma que se comenta incluye modificaciones en la regulación de los derechos de las personas trabajadoras a las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo (art. 34.8 ET), así como ampliación de permisos de conciliación de la vida personal, laboral y familiar, entre otras novedades.

²⁷ Aclara la STS 379/2023, de 25 de mayo (ECLI:ES:TS:2023:2433) que: “La mera denegación de la concreción horaria que interesa la persona trabajadora, con indicación de las causas que lo impiden no implica, por sí sólo, que se esté vulnerando el derecho de no discriminación por razón de sexo ni siquiera por discriminación indirecta. (...) La empresa alegó y así se quedó declarado probado, que la concreción horaria interesada por la trabajadora implicaba el sobredimensionamiento que ya presentaba el turno al que pretendía acceder (...) Estas razones no están conectadas con un factor discriminatorio sino ligadas a exigencias organizativas y una atención adecuada del servicio en los respectivos turnos que, suficientes o no en

esta idea desde hace tiempo²⁸. El deber de acomodación razonable es efectivamente un clásico en este tipo de derechos de *agere licere* (como los denominaba la STC 120/1990, de 27 de junio), en los que se pueden ver implicados también derechos de los trabajadores como la libertad de culto, la objeción de conciencia, el derecho a la apariencia estética, etc. Hablaríamos de que, en la medida en que el empresario tenga la posibilidad de adaptar la organización del trabajo al ejercicio del derecho fundamental del trabajador, no debería denegar ajustes razonables, sacrificando tales derechos de manera gratuita, bajo argumentos sin un fundamento empresarial sólido y suficiente, simplemente como manifestación de su deber de buena fe. Y ello debería ser aplicable para evitar conductas discriminatorias, no solo en los casos de discapacidad (que son indiscutiblemente los más evidentes), sino también frente a otros motivos de discriminación que hemos mencionado, como la religión, convicción u opinión, edad, enfermedad no discapacitante, lengua, etc. Quizás, desde el art.4.1 de la Ley 15/2022, podría sugerirse esta interpretación extensiva.

Otras máximas que se destacan en esta ley se relacionan con la extensión a todos los supuestos previstos en esta norma del denominado principio general de transversalidad (contenido en el art. 4.3), en la medida que, considerando el derecho a la igualdad de trato y la no discriminación como “un principio informador del ordenamiento jurídico”, “como tal, se integrará y observará con carácter transversal en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas”²⁹. De manera más concreta, el art. 7 recoge el mandato de interpretar el contenido de esta ley siempre del modo “que proteja con mayor eficacia a las personas o a los grupos que sean afectados por conductas discriminatorias o intolerantes”; permitiendo “las disposiciones más favorables establecidas en otras normas”. Este pasador de seguridad de que se aplicará la norma más favorable, también frente a posibles lapsus de la ley, puede originar no pocas controversias, dado que favorece la discrecionalidad sobre la favorabilidad o no de lo recogido en las distintas disposiciones, no siempre tan fácil de apreciar.

el marco de la legalidad ordinaria, evidencian una necesidad de tener que reorganizar la plantilla para que la trabajadora ejercite su derecho, pero sin que esa denegación esté conectada con un móvil discriminatorio por razón de sexo”.

²⁸ La STSJ Madrid 1070/2021, de 15 de diciembre (ECLI:ES:TSJM:2021:14897), entre otras anteriores de este mismo tribunal, condenó por discriminación por razón de sexo la negativa injustificada de la empresa a aceptar la concreción horaria propuesta por la trabajadora, no habiendo contestado a su solicitud, ni acreditado problemas de funcionamiento empresarial o de organización de servicios que justificasen la denegación del derecho solicitado. Asimismo, la emblemática STC 26/2011, de 14 de marzo, entendió que se producía una discriminación por razón de circunstancias personales o familiares y otorgó el amparo a un trabajador al que se le había negado el horario nocturno que había solicitado para cuidar a sus hijos pequeños, lo que se convirtió en exigencia a la empresa de acomodación razonable del ejercicio de un derecho fundamental por el trabajador.

²⁹ El art.4 de la LO 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, ya recoge esto mismo, que denomina Integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas, para el ámbito concreto al que se refiere la norma.

4. Particularidades sustantivas en el ámbito laboral

En relación con nuestra disciplina laboral y de seguridad social, de manera resumida, la Ley 15/2022 se aplicará en el ámbito del empleo por cuenta ajena y por cuenta propia, que comprende el acceso, las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido, la promoción profesional y la promoción para el empleo; el acceso, promoción, condiciones de trabajo y formación en el empleo público; cuestiones colectivas en materia de la afiliación y participación en organizaciones políticas, sindicales, empresariales, profesionales y de interés social o económico; y la protección social, las prestaciones y los servicios sociales (art. 3.1 a, b, c y j).

Más concretamente, en materia de empleo por cuenta ajena (art.9), “no podrán establecerse limitaciones, segregaciones o exclusiones para el acceso al empleo por cuenta ajena, incluidos los criterios de selección, en la formación para el empleo, en la promoción profesional, en la retribución, en la jornada y demás condiciones de trabajo, así como la suspensión, el despido u otras causas de extinción del contrato de trabajo”. En particular, “se entenderán discriminatorios los criterios y sistemas de acceso al empleo, público o privado, o en las condiciones de trabajo que produzcan situaciones de discriminación indirecta por razón de las causas previstas en esta ley”. Lo más importante que podemos decir al respecto es que, habida cuenta de que esta ley no modifica expresamente el ET, las causas en ella previstas que no puedan deducirse de lo ya recogido en el ET (y a salvo las que sí se han añadido por la Ley Trans) no cabe duda de que deben ser observadas igualmente como causas de discriminación en el ámbito laboral. Y lo mismo podría decirse de lo previsto de manera idéntica en el art.11 para el acceso al ejercicio y en el desarrollo de una actividad por cuenta propia o en los pactos establecidos individualmente entre la persona trabajadora autónoma y el/la cliente/a para quien desarrolle su actividad profesional, en relación con lo ya recogido en el Estatuto del Trabajo Autónomo.

Y de manera específica, siguiendo la estela de lo incorporado en el art.28.3 ET por Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, para empresas con al menos 50 trabajadores –que deberán incluir en el registro salarial una justificación de que el promedio de las retribuciones a los trabajadores de un sexo sea superior a los del otro en un veinticinco por ciento o más, tomando el conjunto de la masa salarial o la media de las percepciones satisfechas, no responde a motivos relacionados con el sexo de las personas trabajadoras–, también el art.9.6 de la Ley 15/2022 emplaza a que por vía reglamentaria se pueda exigir a las empresas que tengan más de 250 personas trabajadoras (umbral considerablemente superior al anterior, aunque sin requerir, en principio, ningún indicio de discriminación previo) que publiquen la información salarial necesaria para analizar los factores de las diferencias salariales, teniendo en cuenta las condiciones o circunstancias de discriminación prohibidas en esta ley (no solo el sexo) –y sin que nuevamente esta novedad haya sido incorporada expresamente al ET–. Dicho análisis, aunque no se señala, es de suponer que será consecuencia también de la aplicación del principio de igualdad de retribución por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor. Asimismo, a la espera de su concreción reglamentaria, podemos entender que, si la finalidad es la transparencia retributiva, ello

podría requerir información completa, sin mutilación de datos con carácter unilateral por parte de las empresas, en la medida en que aquellos pudieran resultar necesarios para dicho análisis³⁰. Y cabe que los datos que podrían requerirse, y quién podría requerirlos, estén en la línea de todo el desarrollo normativo que se está llevando a cabo precisamente para reforzar los mecanismos para la efectiva igualdad de retribución entre hombres y mujeres³¹. Es evidente que, a su vez, la empresa puede exigir el carácter reservado de esta información, tanto por lo que tiene de datos propios cuya difusión pudiera perjudicarle, como por tratarse de datos personales de sus trabajadores; particularmente para que sea de aplicación el deber de sigilo de los representantes, no se utilice la información recibida con fines distintos a la protección del derecho que se quiere garantizar, y en general se observen los límites y principios recogidos en la normativa de protección de datos³².

4.1. Algunas cuestiones relativas al acceso al empleo

Para velar por el cumplimiento de lo recogido principalmente en el art.9.1 de la Ley 15/2022, se hace alusión, en primer lugar, en el art. 9.3, a los servicios públicos de empleo, sus entidades colaboradoras y a las agencias de colocación, apuntando que deberán asimismo favorecer la aplicación de medidas para que se respete el derecho a la igualdad de trato y no discriminación indirecta, “como el currículo de vida anónimo”. Según se indica en la web del Instituto de las Mujeres³³, con el objetivo de evitar posibles sesgos discriminatorios (con mayor frecuencia a mujeres y a determinados colectivos de personas de distinta nacionalidad y origen étnico, de determinada edad, etc.), la Secretaría de Estado de Igualdad ya puso en marcha un proyecto para promover la implantación del currículum anónimo o ciego en los procesos de selección de personal, consistente en que “se suprimen referencias personales tales como: nombre, apellidos, sexo, edad, fotografía u otras circunstancias específicas con el fin de centrarlos en las capacidades de la persona candidata al puesto de trabajo a cubrir”. Otra cuestión es que la empresa los solicitara porque fueran imprescindibles. Pero muchos de estos datos, para cumplir con obligacio-

³⁰ Recomendamos, por analogía, para su consulta, la entrada de GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P., “Registro retributivo y protección de datos. Análisis de la SAN de 23 de febrero de 2023”, en el Foro de Labos, 2023. <https://www.elforodelabos.es/2023/03/registro-retributivo-y-proteccion-de-datos-analisis-de-la-san-de-23-de-febrero-de-2023/>.

³¹ Así, por ejemplo, ver el Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres, y la Directiva (UE) 2023/970 del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo de 2023, por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento.

³² La SAN 23/2023 de 23 de febrero respalda la interpretación que de manera generalizada se estaba dando por parte de la doctrina al art. 6.1 c) RGPD, en relación con el registro y la auditoría retributiva para garantizar el principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de sexo entre los trabajadores de una misma empresa; dicho precepto establece como base válida para el tratamiento de datos que éste sea necesario para el cumplimiento de una obligación legal.

³³ <https://www.inmujeres.gob.es/areasTematicas/PromProfesional/CurriculumVitaeAnonimo.htm>

nes empresariales, para conceder ayudas o para incluir a los trabajadores en determinados programas, pueden solicitarse perfectamente con posterioridad a la contratación (y buena parte de ellos serían voluntarios además para el trabajador).

Lo que llama poderosamente la atención, sin embargo, es la mención recogida en el art.9.5, según el cual “el empleador no podrá preguntar sobre las condiciones de salud del aspirante al puesto”. Este es un tema del que ya me he hecho eco³⁴, pues se trata de una prohibición genérica que no puede impedir, por ejemplo, que no se cumpla con la LPRL, del mismo rango normativo; la cual, para proteger también derechos fundamentales como la intimidad y la dignidad del trabajador, ordena que la vigilancia de la salud sea lo menos invasiva posible y cause las menores molestias al trabajador. Pues bien, habida cuenta de la posibilidad de que determinados reconocimientos médicos puedan realizarse legalmente antes de la contratación, un cuestionario de salud, por ejemplo, cumpliría con el juicio de proporcionalidad frente a pruebas médicas más invasivas y dolorosas, que habrían de realizarse necesariamente si todo cuestionario estuviera prohibido. Es evidente que debe tratarse de preguntas imprescindibles y necesarias³⁵; lo contrario incurriría en la prohibición de la Ley 15/2022. Aunque puede afirmarse que estas preguntas siempre han estado prohibidas, en cuanto suponen, de entrada, una vulneración del derecho a la intimidad del trabajador en el acceso al empleo, así como contrarias a la normativa de protección de datos (art.9.1 RGPD). Se trata de información sensible que, sin concurrir interés legítimo alguno, el trabajador estaría legitimado además para no contestar o mentir en su respuesta.

Por su parte, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social también deberá velar –y particularmente ella– por el respeto de todos estos derechos. Para ello, en el ejercicio de su función de vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas del orden social deberá incluir en su plan anual integrado de actuación el desarrollo de planes específicos sobre igualdad de trato y no discriminación en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo (art.9.4 Ley 15/2022). Entendemos que dicha obligación deberá ponerse en relación con los objetivos 5 y 6 del Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2021, 2022 y 2023³⁶.

4.2. *Novedades en materia de Derecho Colectivo*

El art. 10 de la Ley 15/2022 refiere que las limitaciones, segregaciones o exclusiones por las causas previstas en la ley también están prohibidas en materia de negociación

³⁴ GARCÍA SALAS, A.I., *La Vigilancia Inicial de la Salud laboral*, Tirant lo Blanch, 2023.

³⁵ De hecho, la Equality Act de 2010 en Reino Unido (parágrafo 60) prohíbe también expresamente que se pregunte sobre discapacidad o salud a una persona aspirante a un trabajo. Pero, a diferencia de nuestra ley, recoge la salvedad de que se trate de una pregunta necesaria con el fin de establecer si el aspirante será idóneo, si se deberá imponer a la empleadora la obligación de realizar ajustes razonables, o si el aspirante podrá llevar a cabo en definitiva toda función intrínseca al trabajo en cuestión.

³⁶ https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/plan_estrategico/plan_estrategico_ITSS_2021_2023.pdf

colectiva (ya el art. 85.1 ET recoge que el contenido del convenio se encuentra sujeto al respeto a las leyes). Se insiste asimismo en que, mediante la negociación colectiva se podrán establecer medidas de acción positiva, según lo dispuesto en esta ley (se definen en el art.7 en términos similares a como las venimos conociendo) y en la legislación laboral en general, para prevenir, eliminar y corregir toda forma de discriminación en el ámbito del empleo y las condiciones de trabajo, incluidos objetivos y mecanismos de información y evaluación periódica. Puede apuntarse en esta línea que el art. 33.2 emplaza a las empresas a que realicen acciones de responsabilidad social consistentes en medidas económicas, comerciales, laborales, asistenciales o de otra naturaleza, destinadas a promover condiciones de igualdad de trato y no discriminación en el seno de las propias empresas o en su entorno social; de lo que en todo caso informarán a los representantes de los trabajadores, con los que incluso podrían concertarlas –o bien con las organizaciones cuyo fin primordial sea la defensa y promoción de la igualdad de trato y no discriminación y los organismos de igualdad de trato–.

Se hace finalmente un llamamiento en el art.10.3 de la Ley a que la representación legal de los trabajadores y la propia empresa velen por el cumplimiento de todas estas medidas. Este deber de vigilancia se extiende a las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, las cuales deberán elaborar un informe con carácter anual sobre el cumplimiento de las disposiciones dedicadas al trabajo por cuenta ajena, la negociación colectiva y las personas trabajadoras autónomas (Disposición adicional quinta).

4.3. Aportaciones destacadas de la Ley Trans

Las medidas en el ámbito laboral recogidas en la Ley 4/2023 se limitan a un par de cuestiones –habida cuenta de que por DA Cuarta de esta Ley se establece la aplicación supletoria de la Ley 15/2022–, cuya referencia son los arts. 14 y 15. Estos preceptos están dirigidos respectivamente a las Administraciones públicas, para que promuevan, fomenten y garanticen la igualdad de trato y oportunidades de estos colectivos, y a las empresas de más de 50 trabajadores, para que, en el plazo de doce meses desde la entrada en vigor de la ley, adopten medidas particulares y protocolos frente al acoso contra personas LGTBI, a través de la negociación colectiva, cuyo contenido y alcance se desarrollará reglamentariamente (materia que es analizada en otro estudio de este mismo número).

Luego, es cierto que por Disposicional Final Decimocuarta se introducen expresamente modificaciones en el Estatuto de los Trabajadores, como ya hemos adelantado. Pero, además de añadir las nuevas causas de discriminación por cuestiones sexuales o de género en los arts. 4 y 17, nos encontramos con que algunas de las modificaciones introducidas por la norma resultan verdaderamente llamativas; como la relativa al art.11.4 y art.14.3 ET, en la que solo una coma diferencia esta versión de la anterior³⁷. Pero la

³⁷ Así, por ejemplo, el art.11.4 b) ET versión 2023 se dispone del siguiente modo: “Las situaciones de incapacidad temporal, nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia, violencia de género, interrumpirán el cómputo de la duración del

principal tiene que ver con la supresión del término “violencias sexuales” del art.37.8 ET, así como del 40.4, 40.5, 45.1.n), 49.1.m), 53.4.b) y 55.5.b) ET, que vuelven a la redacción que tenían antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (“Ley del sólo sí es sí”), la cual había buscado la equiparación de las “víctimas de violencia sexual” a las víctimas del terrorismo y de la violencia de género. El porqué de este repentino cambio se lo pregunta el profesor Goerlich en una reciente entrada de El Foro de Labos³⁸, analizando la tramitación parlamentaria, la cual podría explicar lo que ha pasado: “el uso del corta-pega y la aparente separación estanca de los debates entre las dos leyes”. Sin embargo, y a pesar de la acertada propuesta que hacía el profesor, no se ha aprovechado la oportunidad de la reciente contrarreforma del Código Penal en materia de libertad sexual para subsanarlo.

Finalmente, hay una cuestión que me gustaría introducir para el debate jurídico sobre la aplicación de esta norma en la esfera laboral³⁹, y es el hecho de que la rectificación registral de la mención relativa al sexo recogida en la actual Ley Trans (artículos 43 y siguientes) sin necesidad de previa modificación de la apariencia o función corporal, que permite a la persona ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición, ponga en serio peligro la esencia de las medidas positivas de igualdad por razón de sexo, las cuales podrían dejar de tener sentido o exponerse a un uso fraudulento; por no hablar de que el registro del sexo llegue a ser irrelevante, o directamente se prohíba preguntarlo con el argumento de salvaguardarlo de una posible discriminación. Si esto llegara a ser así, lo pertinente jurídicamente hablando sería que al sexo o género de la persona se le terminara aplicando un tratamiento similar al de otros factores de discriminación prácticamente irrelevantes a efectos laborales –como la ideología del sujeto, por ejemplo–, sobre los que obviamente no pueden promulgarse medidas de acción positiva.

5. Novedades en materia de tutela del derecho a la igualdad de trato y no discriminación

5.1. Responsabilidades

La protección frente a las conductas que atenten contra este derecho se plantea en el art. 25.1 de la Ley 15/2022, obligando a la adopción de métodos, protocolos o medidas adecuadas para la prevención, detección y cese de situaciones discriminatorias. En caso

contrato”; y en la versión anterior: “Las situaciones de incapacidad temporal, nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia y violencia de género interrumpirán el cómputo de la duración del contrato”.

³⁸ GOERLICH PESET, J.M., “Qué ha pasado con los derechos laborales de las víctimas de violencia sexual”, Blog El Foro de Labos, 2023. <https://www.elforodelabos.es/2023/03/que-ha-pasado-con-los-derechos-laborales-de-las-victimas-de-violencia-sexual/>

³⁹ Que sigue a algunas normas autonómicas, pero es novedad a nivel estatal. Véanse, por ejemplo, los artículos 4, 5 y 7 de la Ley 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid.

de que se incumplan dichas obligaciones, ello podría dar lugar a distintos tipos de responsabilidad, según el art.25.2.

En primer lugar, se hace referencia a posibles responsabilidades administrativas; pero en el orden social no serían las tipificadas en la Ley 15/2022, sino que el régimen aplicable será el de la LISOS (según dispone el propio art. 46.2 de la Ley 15/2022). Ahora bien, mientras que los arts. 8.12 y 8.13 bis LISOS sí han sufrido algunas modificaciones por la Disposición Final 6.1 y 2 de la Ley 4/2023, ha quedado sin tipificar lo que solo es contenido de la Ley 15/2022. Nos podemos preguntar entonces, con dudas razonables, si sería infracción administrativa la discriminación por enfermedad –habida cuenta del principio de tipicidad de las infracciones, antes mencionado, pues los respectivos apartados del art. 8 LISOS no recogen ninguna cláusula genérica o coletilla final que permitiera incluir otros motivos legales diferentes a los tasados en la propia norma⁴⁰–. Tampoco podremos castigar una discriminación múltiple (o interseccional) más gravemente, como sería de esperar. Se trata de un tipo de discriminación que, de manera novedosa y estelar, la Ley 15/2022 incorpora como infracción muy grave junto al acoso discriminatorio, siendo graves los restantes. Y es que, aunque la infracción por simple discriminación del artículo 8.12 LISOS ya se califique en esta de muy grave, la norma laboral no recoge algo similar a una discriminación múltiple entre sus criterios de graduación de su art.39.2, por lo que es un elemento que quedaría absorbido sin mayor trascendencia en el procedimiento administrativo laboral (a salvo que se interpretaran como infracciones separadas, contra el mismo sujeto, por el mismo hecho, pero con distinto fundamento, alejando la aplicación del principio *non bis in idem*). Con esta remisión en bloque a la LISOS, en fin, parece que tampoco se aplicará al ámbito laboral la prohibición de conceder subvenciones, bonificaciones y ayudas públicas, a la que se refiere el art. 37.3 de la Ley 15/2022, para quienes sean sancionados en firme por infracciones muy graves según lo previsto en esta ley, ni que pueda extenderse, por tanto, a los que infrinjan el art.8.12 o el 8.13 bis LISOS –aunque el art. 37.3 quede fuera del régimen sancionador, en otro Título, y esta sea una ley general, lo cierto y verdad es que las tipificaciones de ambas normas no coinciden y la prohibición está limitada expresamente a las infracciones de la Ley 15/2022–.

En segundo lugar, los incumplimientos también podrán dar lugar a responsabilidades penales, en su caso; como podría ser, entendemos, a través del delito de discriminación grave contra los trabajadores del art.314 CP (discriminación grave en el empleo), o por el gravemente penado delito de odio del art. 510 CP, o incluso por las lesiones imprudentes recogidas en el art.152 CP, etc.

Y, en tercer lugar, se podrán exigir responsabilidades civiles por los daños que puedan derivarse; presumiéndose en todo caso el daño moral. Dice el art.27.1 Ley 15/2022

⁴⁰ Como señalaba VELÁZQUEZ, M., “La Inspección de Trabajo ante la igualdad de trato en el ámbito de las relaciones laborales”, *IUSLabor* 4/2006, p. 4, “Las discriminaciones no previstas en esta relación de causas no pueden ser objeto de sanción administrativa y por tanto tampoco de la acción administrativa de control y vigilancia sin perjuicio de la posibilidad de entablar acciones civiles de reconocimiento de derechos fundamentales o laborales en los que sí cabe una interpretación ejemplificativa y no exhaustiva de dichas causas”. (<https://www.upf.edu/documents/3885005/3889706/Administracion.pdf/ef874f38-47ff-43af-86de-1130325bc7f2>).

que este se valorará atendiendo a las circunstancias del caso, a la concurrencia o interacción de varias causas de discriminación y a la gravedad de la lesión efectivamente producida; teniendo en cuenta en su caso también la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido –el cual es un factor de ponderación que viene siendo habitual cuando se trata de extralimitaciones de la libertad de expresión–.

Obsérvese que, además de la indemnización, la reparación del daño incluirá la restitución, hasta lograr la reparación plena y efectiva de la víctima. ¿Ello puede inducir a pensar que se avalaría una protección más intensa de la tutela antidiscriminatoria en fases como el acceso al empleo? Aclara el art. 27 que la reparación se llevará a cabo “restituyendo a la víctima a la situación anterior al incidente discriminatorio, cuando sea posible”; por lo que no parece que incite a nada más de lo que se viene haciendo hasta el momento. El principal hándicap en este tema, como es sabido, es que, en ocasiones, la contratación como resultas de una discriminación en el acceso al empleo no es una opción para llevar a cabo la restitución (ya sea porque se ha contratado a otro candidato igualmente merecedor del puesto y perfectamente apto para el trabajo, ya sea porque haya desaparecido el puesto al que se aspiraba). Pero, en la medida de lo posible, la jurisprudencia transita por el restablecimiento de la víctima de la discriminación en su derecho⁴¹, o incluso condena a repetir el proceso de selección sin el estigma discriminatorio, y así se ha fallado en distintas resoluciones⁴².

Por otro lado, en el caso de que la discriminación o el acoso se produjeran en el ámbito de organización o dirección de un empresario, aun cuando no sea este el autor directo de dichas conductas también podrá ser responsable de la reparación del daño causado cuando no haya cumplido con sus obligaciones de prevención, detección y cese de situaciones discriminatorias. Una actitud empresarial tolerante, permisiva o poco diligente frente a conductas prohibidas ya traía como consecuencia la responsabilidad de la empresa por los actos dañosos llevados a cabo por sus dependientes, sin perjuicio de que posteriormente los sancione o incluso se pueda dirigir contra ellos en acciones de regreso (con base en el propio art. 1.903.4 y 1.904 del Código Civil); a lo que habría que sumar la propia responsabilidad empresarial por sus propios incumplimientos. En el terreno sancionador, no obstante, la remisión a una LISOS que no recoge esta particularidad para los casos de discriminación –aunque sí, ya de antes, para los de acoso en los apartados 13 y 13 bis del art.8–, impide extender en puridad la sanción administrativa a los casos en que no sea la empresa la autora directa de las conductas discriminatorias. No obstante ello, dada la posible disociación de autor y responsable administrativo cuando el autor directo de la discriminación hubiese actuado bajo las órdenes o simplemente por delegación del empresario, podemos estar ante una conducta típica del art. 8.12 LISOS con responsabilidad para la empresa, particularmente si concurre la inobservancia de las mencionadas obligaciones de prevención y protección frente a la discriminación por parte de aquella.

⁴¹ Véase el caso de la aspirante a una plaza en el INE que había quedado en primer lugar y que no pudo incorporarse inmediatamente por haber dado a luz a su hija, en la STC 108/2019, de 30 de septiembre.

⁴² Entre otras, por ejemplo, puede observarse en la STS (Contencioso-Administrativo) 4/2020, de 14 de enero (ECLI:ES:TS:2020:91).

Por último, ante la previsión realizada en la Ley 15/2022 de que se cree una Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación (que tendría que estar ya funcionando, como han denunciado algunas asociaciones, pues había un plazo de seis meses, superado con creces, para constituirla), ha de puntualizarse que, a falta de toda referencia, su función no será sancionar (lo que corresponderá a las Autoridades que habitualmente asumen esta función), sino en concreto proteger y promover la igualdad de trato y no discriminación tanto en el sector público como privado, así como prestar servicios especializados de asistencia y orientación a aquellas personas que hayan podido sufrir discriminación por las causas establecidas en la Ley. Pero podrá también, entre otras funciones, investigar la existencia de posibles situaciones de discriminación que revistan una especial gravedad, ejercitar acciones judiciales en defensa de los derechos derivados de la igualdad de trato –excepto las que tengan implicaciones penales–, poner en conocimiento del Ministerio Fiscal y de la Administración del Estado los hechos que puedan ser constitutivos de infracción penal o administrativa respectivamente, y actuar como órgano de mediación o conciliación –excepto en los procesos que tengan implicaciones penales– (art. 40 Ley 15/2022).

5.2. Cuestiones procesales

El principal efecto jurídico de las conductas que se prohíben en la Ley 15/2022 es la conocida nulidad de pleno derecho de las disposiciones, actos o cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de alguno de los motivos previstos en el apartado primero del art. 2 (tal y como se reproduce en el art. 26 de dicha Ley). Esta afirmación no tendría mayor trascendencia, pues es un efecto conocido y general, si no fuera porque afecta a la aplicación del art. 55.5 ET, en tanto en cuanto este dice que “será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley”, planteándose su extensión a las nuevas causas, como las relacionadas con la enfermedad o condición de salud (que hemos remitido a su estudio monográfico).

Las consecuencias de la nulidad, la solicitud de medidas cautelares y la inversión de la carga de la prueba para el demandado a las que se refiere esta ley ya están reguladas también en el procedimiento laboral de tutela de derechos fundamentales (arts. 77 y siguientes LRJS). En coherencia con esto, el art.28 Ley 15/2022 ordena la adopción de todas las medidas necesarias para que se produzca el cese inmediato de la discriminación, pudiendo acordarse la adopción de medidas cautelares dirigidas a la prevención de violaciones inminentes o ulteriores; y en relación a la carga de la prueba (justificación objetiva y razonable) de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad, aquella recaerá sobre la empresa (parte demandada) para poder destruir cualquier prueba indiciaria que presente el trabajador (parte actora o interesada), según confirma el art. 30.1 Ley 15/2022 (aunque ello no será de aplicación a los procesos penales ni a los procedimientos administrativos sancionadores). El órgano judicial o administrativo, de oficio o a

instancia de parte, podrá recabar informe de los organismos públicos competentes en materia de igualdad.

Una de las principales novedades en materia procesal laboral, a mi juicio, reside en que, sin perjuicio de la legitimación individual de las personas afectadas, los sindicatos y las asociaciones profesionales de personas trabajadoras autónomas estarán legitimados para defender los derechos e intereses de las personas afiliadas en materia de igualdad y no discriminación en procesos judiciales (también en el orden social, se dice), siempre que cuenten con su autorización expresa. Recuérdese que, según el art. 20 LRJS, a los sindicatos se les reconoce el derecho de representación en el proceso de los trabajadores afiliados para la defensa de sus derechos individuales, bastando para presumir concedida la autorización la mera comunicación previa al afectado, “salvo declaración en contrario del propio afiliado”. Sin embargo, sucede que, por ley especial y posterior, como es la Ley 15/2022, se recrudece este requisito en esta materia. Por otro lado, si se trata de una persona acosada, según la Ley Trans esta será la única legitimada en los litigios sobre acoso discriminatorio por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales.

Añadir que los sindicatos también podrán actuar como interesados en los procedimientos administrativos sobre igualdad y no discriminación, siempre que cuenten con la autorización de la persona o personas afectadas (art.31.2 Ley 15/2022); salvo cuando las personas afectadas sean una pluralidad indeterminada o de difícil determinación, para lo que no será necesaria la autorización. Esta salvedad solo se recoge, sin embargo, en la Ley 15/2022 para los procedimientos administrativos. Aunque también se ha introducido en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social por la Ley 4/2023 para demandar en juicio, pero solo en defensa de los derechos e intereses de las personas víctimas de discriminación por orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales. Desde luego, ha de emplazarse al legislador para que solucione todas estas incoherencias legislativas fruto de la cohabitación de la Ley 15/2022 y la Ley 4/2023.

La Ley 3/2023 de empleo. Principales novedades*

Employment Law 3/2023. Main news

Daniel Pérez del Prado**

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

ORCID ID: 0000-0001-7106-6769

doi: 10.20318/labos.2023.7932

Resumen: El propósito del presente trabajo es analizar las principales novedades introducidas por la nueva Ley de Empleo en el marco de un proceso evolutivo claro. Para ello, nos valdremos de lo que nos parece que son los puntos nucleares de la nueva regulación: la empleabilidad, la intermediación, la prospectiva, los colectivos prioritarios, la colaboración público-privada, la evaluación, la coordinación de políticas activas y pasivas, las políticas locales de empleo y la digitalización de servicios y políticas. El trabajo se cierra con unas breves reflexiones acerca de la importancia jurídica y política de la nueva Ley.

Palabras clave: Ley de Empleo, políticas de empleo, protección social.

Abstract: The purpose of this paper is to analyze the main novelties introduced by the new Employment Law within the framework of a clear evolutionary period. To do this, we will use what we believe are the core points of the new regulation: employability, intermediation, prospective, priority groups, public-private collaboration, evaluation, coordination of active and passive policies, local employment policies and the digitization of services and policies. The work closes with some brief reflections about the legal and political importance of the new Law.

Keywords: Employment Law, employment policies, social protection.

*Este trabajo forma parte del proyecto de investigación “Cambio tecnológico y transformación de las fuentes laborales: Ley y convenio colectivo ante la disrupción digital” (RTI2018-094547-B-C21) y “Gestión algorítmica e igualdad de oportunidades en la empresa (AlgoEquality)” (TED2021-130325A-I00).

**daniel.perez.delprado@uc3m.es

1. Introducción: la nueva Ley de Empleo

El desarrollo de las políticas de empleo en nuestro país se ha venido produciendo por sedimentación, esto es, cada reforma normativa ha venido introduciendo novedades que se han ido acumulando con las anteriores, con un resultado en algunas ocasiones no muy congruente. Así, se ha pasado de un primer momento en que todo era fomento y todo era política de empleo, incluida la protección por desempleo, a la ruptura entre activas y pasivas y la descentralización de las primeras, pasando por el desarrollo de nuevas modalidades de políticas de empleo, como la intermediación, y de una arquitectura institucional que comprende también a la Unión Europea y de forma muy imperfecta las políticas locales de empleo.

En esa evolución, ante la necesidad de abastecer a una tradicionalmente numerosa población desempleada, hemos venido desatendiendo a la ocupada, a la vez que hacíamos ensayos con el modo en que los sujetos privados podrían contribuir a colmar tales déficits. De forma transversal, el desarrollo de las políticas de empleo en nuestro país se ha producido en un marco teórico de dominio absoluto de las tesis políticas liberales y económicas ortodoxas. Ello ha derivado en una tenencia hacia la activación de la protección por desempleo, a la coordinación entre políticas activas y pasivas y al desarrollo de técnicas de control y sanción. Aun así, lógicamente, se observan diferencias importantes en función del color político de cada Gobierno y de la particular concepción de las políticas de empleo. Por citar ejemplos recientes, fueron significativas las diferencias en cuanto a objetivos, enfoque y cambios la reforma de 2011 y la de 2013, como también lo son el RDLeg 3/2015 y la Ley 3/2023.

El propósito del presente trabajo es analizar las principales novedades introducidas por la nueva Ley de Empleo en el marco de este proceso evolutivo. Para ello, nos valdremos de lo que nos parece que son los puntos nucleares de la nueva regulación: la empleabilidad, la intermediación, la prospectiva, los colectivos prioritarios, la colaboración público-privada, la evaluación, la coordinación de políticas activas y pasivas, las políticas locales de empleo y la digitalización de servicios y políticas. El trabajo se cierra con unas breves reflexiones acerca de la importancia jurídica y política de la nueva Ley.

2. Principales novedades de la nueva Ley de Empleo

2.1. *La empleabilidad: entre derecho deber y principio rector*

Junto con las disposiciones generales, el Título III, el relativo a las políticas activas de empleo, se abre con un capítulo entero dedicado a la “empleabilidad”. Aunque la utilización de este concepto no es una novedad en nuestras políticas de empleo, lo cierto es que nunca antes se le había prestado tanta atención ni se le había dado tanto protagonismo. Pero, ¿qué es la empleabilidad?

Se han formulado múltiples nociones de empleabilidad. Puede afirmarse, sin embargo, que la mayoría de ellas suele vincular ésta con la “habilidad”, la “capacidad”, la “aptitud”, la “actitud” o las “competencias”¹ para incorporarse o mantenerse en el mercado de trabajo en función de la incidencia que los factores internos y/o externos, de oferta y demanda, tengan sobre ella. La empleabilidad es, por tanto, en primer lugar y ante todo un estado en relación con el empleo, por más que a partir de él puedan derivarse derechos y deberes, principios rectores de actuaciones, objetivos de las políticas de empleo, etc.

Sea como fuere, son las aproximaciones más amplias las que creemos que inspiran al nueva Ley de Empleo. En efecto, cuando el art. 34 –junto con el art. 3– define la empleabilidad, lo hace partiendo de la idea de que ésta depende no solamente de las competencias y cualificaciones del sujeto, sino también de factores ajenos a éste como la evolución de la tecnología y las condiciones de mercado de trabajo. Por si esto fuera poco, el precepto nos recuerda que “la empleabilidad debe producir un ajuste dinámico entre las competencias propias y las demandadas por el mercado de trabajo”². En suma, el concepto de empleabilidad que utiliza nuestra Ley de Empleo no carga las tintas en el sujeto, sino que concibe el empleo y el desempleo como un fenómeno multicausal y, por tanto, atacable desde múltiples frentes.

Sobre estas premisas, creemos, sin embargo, que la definición no es precisa en varios puntos. En primer lugar, se dice que son competencias y cualificaciones. Nada que objetar a pesar de que, como acabamos de señalar, podrían añadirse otros elementos calificadores. Sin embargo, en la tramitación parlamentaria se añadió al segundo el adjetivo de “transferibles”, precisión a nuestro juicio del todo innecesaria pues no solamente estas competencias son las que determinan la empleabilidad del sujeto, sino cualquiera de cualquier tipo. Es probable que la inclusión fuera bien intencionada en el sentido de que pretende fomentar este tipo de cualificaciones, pero el camino al infierno está empedrado de buenas intenciones.

Lo mismo ocurre con la referencia a “que refuerzan la capacidad de las personas para aprovechar las oportunidades de educación y formación que se les presenten”. Un elemento nuclear de la Ley es apostar, entre las diversas políticas de empleo, por la formación, elemento muy acertado teniendo en cuenta los resultados que arrojan con carácter general los estudios realizados en torno a la eficacia de esta política activa³. Ahora bien, dicho esto, la mayor parte de las definiciones de empleabilidad que podemos encontrar en la literatura, si no todas, no se refieren al modo en que las competencias y cualificaciones, utilizando la terminología de la Ley, permiten “aprovechar” las oportu-

¹ Una recopilación de buena parte de ellas la encontramos en GUILBERT, L.; BERNAUD, J. L.; GOUVERNET, B.; ROSSIER, J., “Employability: review and research prospects”, *International Journal for Educational and Vocational Guidance*, vol. 16, 1, 2016, pp. 71-75.

² Ampliación esta que parece inspirada en McQUAID, R. V.; LINDSAY, C., “The concept of employability”, cit., p. 207.

³ BOERI, T.; VAN OURS, J., *The economics of imperfect labour markets*, Princeton University press., Princeton, New Jersey, 2008, cap. 12.

nidades formativas, lo que podría llamarse “formabilidad” o “educabilidad”, sino a cómo determinan el acceso, progreso y mantenimiento en el mercado de trabajo. En este sentido, era mucho más clara la definición que se manejó en los documentos preparatorios del borrador de proyecto de Ley: “el conjunto de capacidades, aptitudes y competencias, generales y específicas, para el desarrollo de la actividad laboral, que posibilita a las personas el acceso, permanencia y progresión en el mercado de trabajo”⁴.

Sobre la base de esta definición, la que entiende la empleabilidad como un estado en relación con el empleo marcado por factores internos, personales y externos, de oferta y demanda, se concibe su mantenimiento y mejora como un derecho y un deber de las personas demandantes de empleo (art.35). Ésta es una de las principales aportaciones de la Ley, por cuanto rompe la tendencia general experimentada en décadas anteriores consistente en precisamente lo contrario, en poner el acento sobre los deberes del sujeto y el control de su cumplimiento.

En efecto, frente a la tradicional de las “obligaciones y sanciones”, la nueva Ley habla de “derechos y deberes”. Precisamente por ello debería haberse aprovechado la ocasión para incorporar al texto de la Ley un catálogo de derechos y deberes de las personas usuarias de los servicios de empleo⁵, que evitara su dispersión a lo largo del texto⁶, afectando a su eficacia, además de incluir algunos otros de relevancia que aún hoy siguen sin estar en la Ley. Aún así, el cambio es de la suficiente trascendencia como para plantearnos, por una parte, si la ubicación es la correcta, pues no nos encontramos ante una política activa, sino ante un derecho-deber relacionado con éstas, lo que ya de por sí le hubiera valido como para tener un título aparte; por otra, si además de esta concreta manifestación o derivada de la empleabilidad, no se observa en el texto una segunda implícita, consistente precisamente en que la mejora de la empleabilidad se ha convertido en un principio rector del conjunto del Sistema Nacional de Empleo y, por ende, de las políticas de empleo. Ello obligaría a interpretar el conjunto del texto desde la lógica de la empleabilidad y a extender la perspectiva derecho-deber a todo ámbito donde resulte posible.

2.2. Las novedades en materia de intermediación

¿Cuál es el catálogo de políticas activas de empleo vigente en nuestro ordenamiento jurídico? Lo cierto es que ninguna de las leyes de empleo, tampoco la actual vigente que ahora

⁴ CABEZA PEREIRO, J.; FERNÁNDEZ PRIETO, M.; FERNÁNDEZ PROL, F.; VAQUERO GARCÍA, A., *Estudio para la elaboración de propuestas encaminadas a la elaboración de una nueva Ley de Empleo*, Universidade de Vigo, 2022, p. 83.

⁵ MERCADER UGUINA, J.R.; PÉREZ DEL PRADO, D., “Las políticas activas de empleo: eficiencia desde los principales mecanismos jurídicos”, en Mercader Uguina, J. R., Pérez del Prado, D. (eds.) *Reflexiones y Propuestas Sobre Protección Social y Empleabilidad Para Jóvenes y Parados de Larga Duración*, Tirant lo Blanch, 2017, p. 283.

⁶ Como es el caso del derecho de protección de datos en este particular ámbito (art. 16), a la formación (art. 33), o a disponer de su itinerario o plan de actuación individualizado, en el plazo máximo de un mes, a contar desde la elaboración de su perfil de usuario (art. 56).

comentamos, ha dado respuesta a esta pregunta. La Ley 56/2003 y el texto refundido posterior hablaban de instrumentos de políticas de empleo, distinguiendo la intermediación, de las políticas activas de empleo y de la coordinación de activas y pasivas. Desde esta perspectiva, el concepto de políticas de empleo parecía que no era omnicomprendivo del conjunto de medidas que la integran, sino de todas salvo la intermediación, que queda desgajada como algo aparte.

Este defecto ha quedado parcialmente corregido en la actual Ley de Empleo, tanto desde el punto de vista de la estructura, como en lo que respecta al contenido. Respecto de lo primero, porque el Título III, dedicado precisamente a las políticas activas de empleo, se desgrana en cinco capítulos, el primero dedicado, entre otras cuestiones, al concepto, que es seguido por el dedicado a la empleabilidad, la intermediación, la coordinación de activas y pasivas y los colectivos prioritarios respectivamente. Al margen del mejor o peor encaje de la empleabilidad a que hemos hecho mención, lo cierto es que hoy la estructura es más lógica, yendo de lo general a lo particular y acabando con el disloque de una intermediación que precedía a las políticas de empleo. Esto se traduce, en segundo lugar, en el contenido, pues la propia noción de política activa de empleo incluye hoy la intermediación (art. 31).

Ahora bien, dicho esto, lo cierto es que no se alcanza a entender por qué de ese amplio abanico de políticas de empleo integradas en el art. 31, el legislador ha optado por regular únicamente la intermediación, obviando el resto de políticas de empleo. Se trata simplemente de desarrollar lo dispuesto en el mencionado precepto, si bien es cierto que, aun habiéndose mejorado con la mencionada incorporación, el artículo sigue siendo enormemente enrevesado, lo que dificulta saber cuáles son las políticas de empleo vigentes en nuestro país. Si a ello le unimos que la única que se desarrolla tampoco parecer estar bien delimitada, entonces el lío es mayúsculo. Es cierto que este no es un déficit de esta Ley, pero tampoco ha contribuido a solventarlo.

La intermediación tradicionalmente se ha definido como “el conjunto de acciones que tienen por objeto poner en contacto las ofertas de trabajo con los trabajadores que buscan un empleo”⁷, lo que incluye las actividades de recolocación en el marco de procesos de reestructuración empresarial. Aunque la introducción de este concepto en el año 2003 supuso un avance respecto de la regulación anterior –la Ley de Empleo del año 80 no describía ningún tipo de política de empleo salvo la de fomento–, lo cierto es que se trata de una definición muy abierta. Si echamos un vistazo a la exposición de motivos de la Ley 56/2003, entonces vigente, nos señala que entre sus propósitos está “la apertura a los agentes privados de los servicios de información, orientación e intermediación”, aunque luego en el articulado las que en puridad se abren a la gestión privada son las de intermediación, lo que bien hubiera servido para justificar que este último era omnicomprendivo de las tres de no ser porque la colocación era mencionada entre el conjunto de “programas y medidas” integrantes de las políticas activas de empleo (art. 23). Esta confusión se incrementó posteriormente, pues el art. 36 del RDLeg 3/2015 (antiguo

⁷ Art. 31 Ley 56/2003.

art. 23) la mantuvo como política activa, a la vez que el art. 33 la incluía como una de las políticas que podían ser desarrolladas por las agencias de colocación en el marco de la intermediación⁸.

Lamentablemente, la actual Ley de Empleo tampoco ayuda a disipar la confusión. El art. 3 c) nos dice que la intermediación es el “conjunto de acciones destinadas a proporcionar a las personas trabajadoras un empleo adecuado a sus características y facilitar a las entidades empleadoras las personas trabajadoras más apropiadas a sus requerimientos y necesidades desde un enfoque integral. Incluye actividades de prospección y captación de ofertas de empleo, puesta en contacto y colocación, recolocación y selección de personas trabajadoras”. Por su parte, el art. 40, señala que la intermediación incluye cuatro tipos de actuaciones: “a) La prospección y captación de ofertas de trabajo; b) la puesta en contacto de ofertas de trabajo con personas que buscan un empleo, para su colocación o recolocación; c) la selección para un puesto de trabajo de personas que pueden ser idóneas para el mismo, evitando cualquier sesgo o estereotipo de género; y d) la puesta a disposición de la persona solicitante de empleo, especialmente si se encuentra entre los colectivos de atención prioritaria del artículo 50, el conjunto de apoyos necesarios para que sus circunstancias personales, sociales o familiares no se traduzcan en barreras a lo largo del proceso de intermediación laboral”. A ello habría que añadir lo que denomina como “colocación especializada”, que es la “destinada a la recolocación de las personas trabajadoras o desempleadas que resultaran afectadas en procesos de reestructuración empresarial”.

Por consiguiente, lo que hace la nueva Ley de Empleo es: no decirnos nada acerca de la naturaleza jurídica de las actividades de información; añade una actividad nueva de intermediación, la prospección de ofertas de empleo; mantiene la puesta en contacto de oferta y demanda de empleo, aunque desde la perspectiva de las personas, no del mercado; mantiene también la colocación y recolocación como intermediación⁹, si bien parece distinguir entre una recolocación ordinaria o general y la especializada que vincula a procesos de reestructuración empresarial; y parece añadir la actividad de “selección”, a pesar de que el art. 3, en contraste con el art. 40, la agrupa con la colocación y recolocación. Por su parte, en lo que respecta a la orientación, se mantiene como una política activa más (art. 31). Por último, en el trámite parlamentario se añadieron los “apoyos necesarios para que sus circunstancias personales, sociales o familiares no se traduzcan en barreras”, novedad que, aunque bienintencionada, añade más ruido que otra cosa. El resultado final es que se ha malogrado una buena ocasión para establecer una clasificación clara y ordenada del conjunto de medidas que integran la intermediación.

⁸ De ahí quizá que algunos autores mantengan la distinción GARCÍA QUIÑONES, J. C., *Políticas activas de empleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 70.

⁹ La mención del apartado c) a “la selección para un puesto de trabajo de personas que pueden ser idóneas para el mismo, evitando cualquier sesgo o estereotipo de género”, no debe entenderse, a nuestro juicio, más que una especificación de que no cabe discriminación o sesgo por razón de género en la actividad de colocación, pues la selección para un puesto no es más que una propuesta de colocación.

2.3. Una novedad relevante: la prospectiva

Respecto de la actividad de prospección y captación de ofertas de trabajo, de la que no se nos da definición, pero que habría que entender como una actividad de estudio del mercado de cara a obtener información suficiente como para propiciar la selección y colocación más adecuada, hay que decir que nosotros mantenemos, como inmediatamente se verá, una definición mucho más general, que va más allá de la circunscrita a las actividades de intermediación. De hecho, si se repasa el contenido de la Ley, este también parece estar pensando en una versión más amplia¹⁰ pues, además del artículo 40, se habla de prospección en relación al fomento del autoempleo (art. 4 f)), la detección de necesidades del tejido productivo (art. 4 ñ)) y la detección de necesidades formativas (art. 9.2 c)).

En el mismo sentido, los antecedentes previos apuntan en idéntica dirección. En efecto, la política de empleo prospectiva ya se encontraba en nuestro ordenamiento jurídico antes de la Ley de Empleo, por más que ésta le termine de dar cobertura legal definitiva. El art. 21 RD 818/2021, de 28 de septiembre, por el que se regulan los programas comunes de activación para el empleo del Sistema Nacional de Empleo, cuando desarrolla el Programa de colaboración para las actividades de prospección empresarial e intermediación laboral, establece que tendrá por objeto, entre otros, la prospección e identificación de “las necesidades del tejido empresarial sobre cobertura de puestos de trabajo”, pero también “de capacitación y competencias de las personas trabajadoras”, lo que es prospección, no para la intermediación, sino para la formación. Por su parte, el RD 1069/2021, de 4 de diciembre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024 encarga al SEPE la confección anual de un “«informe de prospección y detección de necesidades formativas», como punto de partida y referente para la elaboración de una oferta formativa que dé respuesta a los desajustes y cambios del mercado laboral”, en el que se identifican “las necesidades técnico-profesionales y transversales de cada una de las ocupaciones estudiadas”. Más adelante, cuando recomienda fortalecer los mecanismos de prospección, se hace con el objetivo de “ir identificando de manera anticipada los nuevos ámbitos productivos susceptibles de generar empleo”, lo que, se dice, “es imprescindible para diseñar una formación que responda a las exigencias de nuevas ocupaciones y trabajos en los nuevos sectores productivos” y “para poder prestar todo el soporte a los procesos de transición laboral”¹¹.

De acuerdo con el diccionario de la RAE, prospección es la “exploración de posibilidades futuras basada en indicios presentes”, de tal suerte que la actividad prospectiva es el “conjunto de análisis y estudios realizados con el fin de explorar o de predecir el futuro en una determinada materia”. Por consiguiente, cuando hablamos de prospec-

¹⁰ También lo hace el Componente 23 del Plan de Recuperación Transformación y Resiliencia.

¹¹ De hecho, el ámbito suele mencionarse más frecuentemente que el de la intermediación cuando de aplicar la prospección a las políticas de empleo se refiere. A este respecto, véase EUROPEAN CENTRE FOR THE DEVELOPMENT OF VOCATIONAL TRAINING; OIT/CINTERFOR (EDS.), *El desarrollo de estudios prospectivos, escenarios y anticipación de competencias*, OIT/Cinterfor, Montevideo, 2016.

tiva de empleo¹² nos estamos refiriendo a la recopilación y análisis de datos acerca de las necesidades futuras del mercado de trabajo, lo que lógicamente va más allá de la intermediación, esto es, las vacantes y perfiles que se van a necesitar, para abarcar otros ámbitos igual o más relevantes, como qué sectores productivos potencialmente se van a desarrollar o van a entrar en crisis o reconversión, qué necesidades formativas requieren las personas que potencialmente podrían trabajar en ellos o deben reciclarse para trabajar en otros o qué cambios han de experimentar los servicios de empleo para poder prestar un mejor servicio ante los potenciales cambios venideros del mercado de trabajo.

En suma, la incorporación de la prospectiva al elenco de las políticas de empleo es una buena noticia, pero consideramos que este particular tipo de política pública trasciende la intermediación, como, insistimos, del propio sustrato del proyecto de Ley también se trasluce y se evidencia en la práctica internacional. Al contrario, es una política de empleo transversal y complementaria del resto, que deviene aún más importante si cabe en el actual marco de digitalización.

2.4. Continúa el desorden en la tipología de las políticas de empleo

Al margen de lo que ya hemos dicho sobre los límites y delimitaciones de la intermediación, lo cierto es que creemos que es posible una delimitación más clara del conjunto de políticas de empleo en el art. 31 y que hubiera sido deseable desarrollar el resto en el Título III. Ya durante la tramitación parlamentaria dijimos que “nada hubiera impedido el desarrollo de las que se enumeran en el art. 31 –aunque una reordenación también hubiera sido bienvenida– a lo largo del título III, tal y como se hace con la intermediación. Es verdad que aquí contábamos con la ventaja de una regulación reglamentaria que se legaliza. Pero, ¿no hay ningún elemento mínimo común que establecer en la Ley de Empleo en una política tan relevante como la formativa a salvo lo dispuesto en el art. 33 sobre el sistema de formación profesional en el trabajo? ¿no hay ninguna orientación, criterio o marco que establecer en materia de incentivos a la contratación, especialmente teniendo en cuenta el consenso existente sobre su función en materia de empleo? ¿y en materia de autoempleo? ¿nada que decir sobre la prospectiva, ni siquiera una definición o ámbito de aplicación que resolviera las dudas planteadas teniendo en cuenta que es una absoluta novedad?”¹³.

Desafortunadamente el paso por las Cortes no ha servido para corregir esta disfunción, pero a nuestro juicio este es un paso inevitable. A lo largo de los años se han venido decantando un catálogo de políticas de empleo que con mayor o menor acierto recoge el art. 31 y que prácticamente se traducen en los ejes de actuación de las estrategias de empleo. Visto que este listado viene gozando de una cierta estabilidad, bien pudiera servir de base para futuras reformas legislativas.

¹² VAN WOENSEL, L., European Parliamentary Research Service, *Guidelines for foresight-based policy analysis*, EPRS | European Parliamentary Research Service, Brussels (Belgium), 2021.

¹³ PÉREZ DEL PRADO, D., “A propósito del proyecto de Ley de Empleo”, *El Foro de Labos*.

2.5. Los colectivos prioritarios: cuanto más peor para todos

Si algo ha caracterizado a lo que hoy se denomina “colectivos prioritarios”, que no son más que sujetos que presentan “especiales dificultades para el acceso y mantenimiento del empleo y para el desarrollo de su empleabilidad”¹⁴ y a los que, por ello, hay que prestar una atención específica en la planificación, diseño y ejecución de las políticas de empleo, es su crecimiento exponencial. En la Ley Básica de Empleo tales colectivos fueron cinco: jóvenes demandantes de primer empleo, trabajadores perceptores de las prestaciones de desempleo, mujeres con responsabilidades familiares, trabajadores mayores de cuarenta y cinco años de edad y personas con discapacidad (art. 10). En la Ley 56/2003 y en el RDL 3/2015, crecieron a ocho, pues, al margen de determinadas adaptaciones o cambios¹⁵, a los anteriores se sumaron las personas con responsabilidades familiares, en situación de exclusión social e inmigrantes (art. 19 octies). En la actualidad, el número se ha incrementado hasta los veinte (art. 50). En muchos casos, colectivos anteriores se han subdividido. Por ejemplo, al de personas con discapacidad, ahora se añade el de personas con capacidad intelectual límite y personas con trastornos del espectro autista; del de personas migrantes –emigrantes e inmigrantes–, se ha desgajado el de personas beneficiarias de protección internacional y solicitantes de protección internacional en los términos establecidos en la normativa específica aplicable; el de mujeres ahora se circunscribe a las de baja cualificación, al que se añade mujeres víctimas de violencia de género. De esta forma, como novedades puras se han incorporado personas LGTBI, en particular trans; personas gitanas, o pertenecientes a otros grupos poblacionales étnicos o religiosos, personas trabajadoras provenientes de sectores en reestructuración, personas afectadas por drogodependencias y otras adicciones, personas víctimas del terrorismo; personas cuya guardia y tutela sea o haya sido asumida por las Administraciones públicas, y personas descendientes en primer grado de las mujeres víctimas de violencia de género¹⁶.

En la tramitación parlamentaria algunos grupos pusieron de manifiesto que tal eclosión de colectivos prioritarios podría producir el efecto contrario al que se persigue, que precisamente dejen de serlo por perderse en esa enorme y creciente marea de colectivos¹⁷. De hecho, en la propia Ley ya se observa esa preocupación, pues en algunos

¹⁴ Dada la relevancia que ha adquirido la empleabilidad, quizá la definición hubiera de haberse basado en esta noción, señalando que son sujetos que presentan menores niveles de empleabilidad o limitaciones de empleabilidad.

¹⁵ Las mujeres y los jóvenes pasaron a considerarse en su conjunto, aunque si bien en este último caso se prestaba especial atención a aquéllos con déficit de formación. Los perceptores de prestaciones se sustituyeron por parados de larga duración.

¹⁶ Las mujeres se limitan a los de baja cualificación, mientras que, entre los jóvenes, se ha de prestar especial atención a los que se encuentran en tal situación. Las personas con responsabilidades familiares ahora se circunscriben a personas adultas con menores de dieciséis años o mayores dependientes a cargo, especialmente si constituyen familias monomarentales y monoparentales.

¹⁷ ROJO TORRECILLA, E., “Análisis de las enmiendas presentadas por los grupos parlamentarios del Congreso de los Diputados al Proyecto de Ley de Empleo.”, *El Blog de Eduardo Rojo. El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, fecha de consulta 16 noviembre 2022, en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/11/analisis-de-las-enmiendas-presentadas.html>.

colectivos se hace referencia a que “especialmente” se ha de prestar atención a un determinado subgrupo, o que en el caso del “colectivo de personas con discapacidad, se reconocerá como personas con discapacidad que presentan mayores dificultades de acceso al mercado de trabajo: las personas con parálisis cerebral, con trastorno de la salud mental, con discapacidad intelectual o con trastorno del espectro del autismo, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento; así como las personas con discapacidad física o sensorial con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por ciento”, por no mencionar las reglas especiales previstas para mujeres, mayores de 45 años, jóvenes y personas con discapacidad (arts. 51, 52, 53 y 54). ¿Nos quiere decir la Ley que entre los colectivos prioritarios hay niveles o preferencias de actuación, en el sentido de prioritarios, semiprioritarios o superprioritarios? Porque si es así, debería haber determinado en qué se traducen esos diferentes niveles de actividad ¿O, más bien, se pone la venda antes de la herida y se asume que no se va a poder dar de hecho esa atención preferente por lo que es necesario marcar a quiénes hay que atender con prioridad realmente? Esto último convertiría el listado del art. 50 en un mero brindis al Sol.

Sea como fuere, esta tendencia puede resultar imparable, pues al margen de que puedan surgir colectivos nuevos, dentro de cada uno de ellos siempre podremos encontrar personas en situaciones con relación al empleo aún peores. La emergencia de esta categoría hace más de cuatro décadas obedecía a la necesidad no solamente de dar un tratamiento prioritario en un contexto de unos servicios de empleo incapaces de abastecer al conjunto de la población parada –no hablemos ya de la ocupada–, sino de darles también un tratamiento especializado y adaptado. El incremento exponencial del número de colectivos pone en riesgo la función principal de esta institución jurídica básica en el ámbito de las políticas de empleo.

Una posible solución se basaría en la relevancia que la Ley da a la noción de empleabilidad. Si, como se ha sugerido, ésta puede actuar como un principio rector del conjunto de políticas de empleo, entonces los colectivos prioritarios serían aquellos que presentan limitaciones relevantes en su empleabilidad. Si, además, como hemos visto anteriormente, el arts. 36 prevé mecanismos concretos para su medición, entonces no debiera resultar difícil delimitar los colectivos prioritarios sobre la base de estas nuevas herramientas con que se ha dotado al sistema. Si lo anterior no se considera suficiente o políticamente difícil de sostener, entonces podrían añadirse determinados grupos genéricos a los que necesariamente hay que prestar atención, dentro de los cuales deberían concretarse los colectivos prioritarios en función de su empleabilidad. Al fin y al cabo, si los arts. 51 a 54 apuntan a grupos bien definidos es porque se piensa que estos son los más relevantes en el seno del mercado de trabajo¹⁸.

¹⁸ En los documentos preparatorios se dejaba la determinación de los colectivos prioritarios en manos de una Conferencia Sectorial de Empleo, lo que se hacía sin perjuicio de que se establecieran reglas especiales en función de la edad, el género y la diversidad funcional. Esta es otra opción alternativa o complementaria de las anteriores. A este respecto, véase CABEZA PEREIRO, J. Y OTROS, *Estudio para la elaboración de propuestas encaminadas a la elaboración de una nueva Ley de Empleo*, cit., pp. 92-95.

2.6. *El nuevo enfoque de la colaboración público-privada*

Al margen de las políticas de empleo, el otro gran ámbito a que la Ley de Empleo presta atención es al que denomina de “gobernanza”, donde destaca el nuevo enfoque que se da a la colaboración público-privada.

Ante esta falta de capacidad de nuestro sistema para atender al habitual alto número de personas desempleadas, la respuesta tradicional del legislador ha consistido en la incorporación paulatina de los sujetos privados, lo que no ha estado exento de problemas de encaje. Como se ha señalado muy acertadamente, “en España, seguramente nos equivocamos en centrar el problema, ya que por nuestra larga experiencia de monopolio público, nos preocupó sobre todo la admisión de los sujetos privados; cuando lo relevante en los mercados contemporáneos no era su presencia, que se daba por supuesta, sino su papel”¹⁹. La Ley de Empleo pasa al siguiente estadio de esa evolución, asumiendo que los sujetos privados son uno más en la prestación de una serie de actuaciones que no pierden por ello la consideración de servicio público. La colaboración público-pública o público-privada se convierte en una herramienta más al servicio del conjunto del sistema.

De ahí la necesidad de establecer mecanismos adecuados de colaboración y coordinación de todos los sujetos concernidos, todos los públicos, que no son pocos, pero también los privados y entre ellos mismos. En particular, varios son los instrumentos previstos en el nuevo texto normativo. En primer lugar se define las entidades colaboradoras de forma muy amplia. Éstas ya estaban presentes en textos anteriores, pero no precisaba quiénes eran, excluyendo paradójicamente de tal consideración a las agencias de colocación (art. 35 RDLeg 3/2015). El actual art. 3 i) corrige esta última anomalía y pone fin a la indefinición al proclamar que se entiende por tales las “personas físicas o jurídicas, privadas o públicas, que colaboran con los servicios públicos de empleo en la prestación de los servicios, tales como entidades locales, interlocutores sociales, organizaciones sin ánimo de lucro, agencias de colocación, centros y entidades de formación y demás organizaciones que asuman este papel”. Nótese que el último inciso, no solamente es ejemplificativo, sino que incorpora una cláusula abierta al final, lo que permite atribuir tal consideración a otros sujetos no expresamente mencionados como asociaciones o centros especiales de empleo. Dicho de otra forma, el concepto de “entidades colaboradoras” es enormemente flexible por lo que puede afirmarse que son tales todo sujeto, público o privado, que aplica políticas de empleo y que no son servicios públicos de empleo. De lo que se trata es de aprovechar de una forma mucho más eficiente el gran número de sujetos y recursos que en la práctica están actuando en el mercado de trabajo

Junto a lo anterior, también ha de destacarse que en la articulación de las relaciones entre sujetos hay una cierta jerarquía, lo que se deduce ya desde el empleo del término “colaborador” para adjetivar a estas entidades. Quienes son titulares del servicio público en que consisten las políticas de empleo son los servicios públicos de empleo,

¹⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Aproximación a la colaboración público-privada en el mercado de trabajo español”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, vol. 125, 2014, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, p. 63.

esto es, la Agencia Española de empleo y los servicios públicos de empleo de las Comunidades Autónomas. Son a ellos a los que hay que imputar situaciones administrativas activas y pasivas²⁰ y, por consiguiente, responsables últimos del cumplimiento de los objetivos encomendados al Sistema Nacional de Empleo y del modo en que éste funcione. Frente a esta posición central, el resto de sujetos actuantes en el sistema asumen un papel secundario no menor, que es precisamente el de colaborar con aquellos en la consecución de las mencionadas metas.

2.7. La apuesta decidida por la evaluación

La segunda aportación a la gobernanza del sistema tiene que ver con la evaluación. A este respecto, la Ley 27/2022 supone una reforma ambiciosa que pretende establecer un marco regulador general de esta materia que, además, tiene naturaleza integral, pues abarca todos los ámbitos: desde el análisis de la “evaluabilidad” de políticas públicas y el establecimiento de criterios, indicadores, métodos y procesos de evaluación, así como el modo de llevarlos a cabo e incorporar sus resultados; a la institucionalización de la actividad evaluativa en la Administración Pública a través de la creación de la Agencia Estatal de Evaluación de Políticas Públicas²¹ y el establecimiento de equipos de evaluación en la Administración General del Estado²².

El ámbito social es tenido específicamente en cuenta al señalarse que, entre los objetivos de la evaluación de las políticas públicas, está “el empleo digno, estable y de calidad, la satisfacción de las necesidades de los grupos en situación de vulnerabilidad social” (art. 4 e) o que, entre los aspectos técnicos a tener en cuenta en el diseño de las políticas públicas, ha de contarse necesariamente con los impactos sociales y de empleo (art. 6). Por consiguiente, la norma obliga a incorporar los impactos, más que sobre el empleo desde un punto de vista cuantitativo, sobre las condiciones de trabajo, esto es, desde la perspectiva cualitativa.

La Ley de Empleo se enmarca perfectamente en esta tendencia, previendo un título expreso para esta materia. Así, su art. 66 dispone que “la política de empleo será objeto de una evaluación continuada, planificada, dirigida en el seno del Sistema Nacional de Empleo” y realizada tanto interna como externamente. A partir de ahí, se establecen los objetivos o prioridades de las evaluaciones (art. 67), sus niveles de organización (art. 68), metodología (art. 69) y el favorecimiento de otras iniciativas de evaluación (art. 70).

²⁰ PAREJO ALFONSO, L., *Lecciones de Derecho Administrativo*, 12ª Edición revisada, actualizada y ampliada, 2022, Valencia, pp. 304-305, fecha de consulta 27 febrero 2023, en <https://editorial.tirant.com/es/libro/lecciones-de-derecho-administrativo-12-edicion-revisada-actualizada-y-ampliada-luciano-parejo-alfonso-9788411470803>.

²¹ Según el texto normativo, convivirá con la AIREF, que circunscribirá su actividad evaluadora al control del gasto público.

²² Aunque únicamente es aplicable a ésta, es de esperar que, como en otros ámbitos, irradie su influencia en otras entidades del sector público estatal y en otras administraciones, especialmente la autonómica.

Aunque habrá que esperar a cómo se materializan estos mandatos en el ámbito reglamentario y a cómo se coordinan ambas leyes, lo cierto es que la regulación actual, tanto la general como la especializada, respondería de una vez por todas a las viejas reivindicaciones que sobre esta materia han venido reiterándose²³. A saber, que la evaluación debía convertirse en una actividad transversal, tanto desde el punto de vista material, abarcando todas las políticas públicas, como procedimental, afectando su diseño, implantación y ejecución de forma estable y permanente; que, teniendo en cuenta la gran variedad de sujetos implicados, resulta también imprescindible garantizar una aplicación homogénea de los métodos de evaluación para todos ellos, incluyendo la recolección y tratamiento de los datos; que debían destinarse recursos suficientes a esta labor, lo que a su vez podría redundar en ahorros considerables al descubrirse qué programas debieran eliminarse por ineficaces, sustituyéndose, en su caso, por otros, y cuáles reformarse, por ineficientes, de tal forma que se pudieran corregir las deficiencias detectadas incrementando su capacidad de actuación.

2.8. *La coordinación de las políticas activas y pasivas de empleo*

En lo que hace a la coordinación de las políticas de empleo, el foco hasta ahora se ha centrado en la existente entre las llamadas activas y pasivas, lo que responde al modelo teórico económico que asocia protección frente al paro con más desempleo, lo que además es algo querido por la persona desempleada, que de esta forma puede disfrutar de los recursos monetarios que la protección de desempleo le dispensa²⁴. Sin embargo, desde posiciones más heterodoxas, esta denominación y dicotomía es rechazable, pues políticas de empleo son únicamente aquellas que tienen por objeto mejorar el funcionamiento del mercado de trabajo, lo que nada tiene que ver con la protección social de las personas desempleadas o, si se prefiere, con la cobertura de las contingencias derivadas del paro.

Sea como fuere, ésta es una cuestión a la que la Ley de Empleo sigue prestando especial atención. La nueva regulación contenida en los 47 a 49 tiene la virtud de alejarse de las proclamaciones genéricas acerca de la necesidad de coordinar activas y pasivas, si bien las novedades son más bien escasas. Aun así, estos preceptos contribuyen a desmitificar esta cuestión: el ámbito fundamental de actuación a este respecto es el de las reglas de compatibilización entre prestaciones y el trabajo por cuenta propia y ajena (art. 49). Ésta es, quizá, su principal aportación. No puede ser de otro modo si se piensa que la principal función de las políticas de empleo en relación con las personas desempleadas es propiciar el retorno a la vida activa y que los desincentivos de la protección por des-

²³ CEBRIÁN, I.; CUETO, B.; MATO-DÍAZ, F., “La evaluación de impacto de las políticas activas de empleo en España: el deseo y la realidad”, *Cuadernos Económicos de ICE*, 2021, pp. 133-155; DE LA FUENTE, A. Y OTROS, *La evaluación de políticas públicas en España: antecedentes, situación actual y propuestas para una reforma*, FEDEA, 2021, pp. 5-12.

²⁴ MILTON FRIEDMAN, M., “Social Security Chimeras”, *The New York Times*, 1999.

empleo, de producirse, tendrán que ver precisamente con la disyuntiva entre trabajo y prestación. La forma de intervención de las políticas de empleo en este preciso ámbito es el de las reglas de compatibilización, facilitando que trabajar siempre compense. Al margen quedarían las reglas relativas al control y la sanción, vía hasta ahora explorada hasta la extenuación. Sea como fuere, el desarrollo futuro de esta nueva vía requeriría acabar con la dispersión de estos programas, concentrándolos en la Ley de Empleo.

Junto a lo anterior, hay quien ha sido capaz de ver aquí una materialización expresa del derecho-deber a la mejora de la empleabilidad, emergiendo una subespecie en el que una serie de obligaciones impuestas a la Administración lo llenarían de contenido al derecho, a la vez que se impondrían algunos deberes explícitos a la persona desempleada²⁵. Éstos consisten, fundamentalmente, en la adquisición formal de la condición de personas demandantes de servicios de empleo definida en el art. 3.a) y en la consiguiente asunción de las exigencias y compromisos vinculados con la misma (art. 58)²⁶. En cuanto al procedimiento para adquirir tal condición, el mismo artículo señala que será acordado por la Agencia Española de Empleo, el Instituto Social de la Marina –cuando sea competente– y los servicios públicos de empleo, y que, en todo caso, deberá respetar las condiciones y requisitos de acceso exigidos por la LGSS y demás normativa que resulte de aplicación. De otro lado, en cuanto a los derechos, la ley impone a los servicios públicos de empleo una serie de obligaciones que para satisfacer el derecho al mantenimiento y mejora de la empleabilidad antes citado (art. 35.2) y que se han sintetizado en dos categorías: a) la obligación de la colaboración institucional; y b) la adopción de programas y medidas de apoyo activo al empleo. Lo primero es requisito imprescindible para una adecuada coordinación y colaboración entre los sujetos implicados, cuestión en la que venimos insistiendo. Lo segundo es la concreta materialización de la fórmula preferida de coordinación entre activas y pasivas deseada por la Ley.

2.9. Las políticas locales de empleo: una oportunidad perdida

Uno de los puntos que bien podría haber justificado la reforma de la gobernanza del sistema de empleo era el reforzamiento del nivel local de las políticas activas de empleo. En este sentido, el Anteproyecto de Ley era esperanzador, pues apostaba por un cambio radical en el que se abría la puerta por primera vez a desarrollar este tercer nivel

²⁵ PARRES MIRALLES, R., “La coordinación de políticas activas y pasivas en la nueva Ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo”, *Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2023, fecha de consulta 2 marzo 2023, en <https://www.aedtss.com/la-coordinacion-de-politicas-activas-y-pasivas-en-la-nueva-ley-3-2023-de-28-de-febrero-de-empleo/>.

²⁶ En este sentido, el art. 47.1, que viene a sustituir al art. 41 de la ley anterior, dispone que “quienes soliciten o perciban prestaciones o subsidios de desempleo o prestaciones por cese de actividad deberán adquirir la condición de personas demandantes de servicios de empleo, siendo titulares de los servicios garantizados y del acuerdo de actividad previstos en esta ley. Así mismo, serán personas usuarias de los servicios públicos de empleo quienes perciban otras rentas orientadas a la protección económica frente a la situación de desempleo”.

de actuación. Los comentarios que se realizaron en aquel momento no pudieron ser más elocuentes²⁷.

El notable cambio desde la propuesta inicial del Gobierno a la finalmente presentada ante las Cortes es de indudable de naturaleza política, probablemente conectada con la renuencia de las Comunidades Autónomas a otorgar un mayor protagonismo al ámbito local, cualquiera que sea la política. No deja de sorprender esta postura en una Administración Pública que se caracteriza frecuentemente por reclamar ante el Estado mayor autonomía, a la vez que subrayan las ventajas de la descentralización de las políticas públicas. Sea como fuere, estos son argumentos de índole político que escapan del análisis técnico.

De ahí que, sin salirnos del ámbito estrictamente científico, debamos seguir subrayando de cara al futuro que tanto desde el ámbito doctrinal como desde la propia Unión Europea se viene señalando la relevancia de proceder a esta segunda fase de descentralización de las políticas de empleo²⁸, especialmente teniendo en cuenta que, en la práctica y a pesar de alguna iniciativa legislativa que intentó acabar con ellas en anteriores legislaturas, son muy numerosas, y algunas bastante significativas, las experiencias que desde el ámbito local se están promoviendo en esta materia²⁹.

2.10. La digitalización de los servicios y políticas de empleo

La nueva Ley de empleo no obvia proceso de digitalización que atravesamos y del que las políticas de empleo lógicamente no escapan³⁰. En efecto, la Ley de Empleo incluye por primera vez una amplia regulación sobre acceso y tratamiento de datos. Tan es así, que entre los instrumentos de planificación y coordinación de políticas de empleo se crea el “Sistema Público Integrado de Información de los Servicios de Empleo”, que se define como un instrumento técnico que tiene por finalidad “el establecimiento de protocolos para el registro de datos comunes y la integración de la información relativa a la gestión de las políticas activas de empleo y las prestaciones por desempleo que realicen la Agencia Española de Empleo, los servicios públicos de empleo autonómicos y las entidades colaboradoras en todo el territorio del Estado” (art. 14). A partir de ahí, se establecen sus criterios orientadores (art. 15), se regula el tratamiento de datos de carácter personal con fines de empleo (art. 16) y la toma de decisiones, incluidas la de tipo automatizado (art. 17).

²⁷ ROJO TORRECILLA, E., “Una política de empleo útil para el futuro del mundo del trabajo.”, *El Blog de Eduardo Rojo. El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, 2022, fecha de consulta 28 enero 2022, en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/01/una-politica-de-empleo-util-para-el.html>.

²⁸ Comunicación de la Comisión COM (95) 273.

²⁹ PÉREZ DEL PRADO, D., “Comparing Denmark and Spain: Two different kinds of ALMP decentralization - Dialnet”, *Spanish Labour Law and Employment Relations Journal*, vol. 2, 1-2, 2013, pp. 41-54.

³⁰ VALLECILLO GÁMEZ, M. R., “La digitalización económica y los retos de la modernización de las políticas de empleo”, en Molina Navarrete, C., Vallecillo Gámez, M. R. (eds.) *De la economía digital a la sociedad del e-work decente: condiciones sociolaborales para una industria 4.0 justa e inclusiva*, Aranzadi, 2021, pp. 117-142.

Teniendo en cuenta que de este sistema forman parte las agencias privadas de colocación y las entidades colaboradoras de los servicios públicos de empleo, parecería que la futura Ley de Empleo optara por una estrategia de acceso a los datos en red, intentando mejorar sus cifras a través de todos estos sujetos integrantes. Debe recordarse que, aunque a priori cuenta con ventaja en lo que hace a las personas demandante de empleo, pues el sistema articula una serie de incentivos a inscribirse, el más importante de todos ellos el acceso a la prestación o subsidio –cuando se tenga derecho a ello–, le ocurre todo lo contrario en cuanto a las ofertas de empleo, pues desde hace años no existe obligación de comunicar las vacantes³¹. La inclusión de entidades colaboradoras intentaría compensar esta debilidad.

Sin embargo, de forma ciertamente atrevida, el art. 59 establece la obligación de empresas y entidades empleadoras de “comunicar los puestos vacantes con los que cuentan, en los términos que reglamentariamente se establezcan”. Sin lugar a dudas que serán los que determinen la viabilidad de esta medida, por otra parte crucial para garantizar un sistema de información lo suficientemente potente como para ser eficaz.

3. A modo de conclusiones: un paso más

De lo dicho hasta aquí se desprende que, en una valoración global, puede afirmarse que, como otras leyes de esta legislatura, no estamos ante una norma rupturista, sino continuista. En este sentido, la nueva Ley de Empleo es un paso más en la senda que iniciaran las reformas 2003, 2006, 2011, 2013 y 2015. Como resultado, se mantienen los núcleos centrales que se habían venido construyendo hasta el momento, si bien la mayor parte de ellos resultan reforzados, al menos con una regulación más detallada. Tal es el caso de la arquitectura institucional de sistema, del propio catálogo de políticas de empleo o de la coordinación entre políticas activas y pasivas.

Aun así, hay novedades de calado. A nuestro juicio, destaca la incorporación de la empleabilidad como concepto nuclear de las políticas de empleo del que se deriva no solamente un derecho-deber, sino un principio rector del conjunto del sistema. De calar, este puede constituir un cambio de paradigma en cuanto al modelo de políticas de empleo imperante en nuestro país, desde un esquema más inclinado hacia el control y la sanción a uno nuevo basado en los derechos-deberes, el apoyo continuado y la formación. Junto a esto, también es destacable el apoyo decidido a la evaluación de las políticas de empleo, la creación de la nueva política de prospección y la incorporación estable de herramientas tendentes a alcanzar unas políticas de empleo digitalizadas.

Como todo estadio en una evolución, son muy numerosos los temas que quedan encima de la mesa de cara al futuro. El primero y principal es el de la pervivencia de la distinción entre políticas activas y pasivas de empleo, que, como se ha intentado demos-

³¹ Sobre el tránsito de un modelo a otro, ALARCÓN CASTELLANOS, M. M., *La intermediación laboral como un instrumento eficaz en tiempos de crisis: servicios públicos de empleo y entidades afines*, Aranzadi, 2009.

trar aquí, es incongruente con las funciones llamadas a cumplir por unas y otras, además de resultar de difícil encaje con un modelo como el que se pretende implantar basado en derechos y deberes. Con menor entidad probablemente, quedan irresueltas cuestiones tradicionales ya en el debate en torno a las políticas de empleo en nuestro país, como es el papel de las entidades locales en su gestión o el tratamiento que han de recibir los colectivos prioritarios.

Enfermedad y discriminación tras la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Especial mención al despido del trabajador enfermo

Disease and discrimination under Law 15/2022, comprehensive for equal treatment and non-discrimination. Special mention to the dismissal of the sick worker

Luis Gordo González*

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

ORCID ID: 0000-0002-6442-2806

doi: 10.20318/labos.2023.7933

Resumen: La enfermedad no ha sido reconocida como causa de discriminación salvo en supuestos excepcionales –como, por ejemplo, por su duración o por padecer la persona trabajadora una enfermedad especialmente estigmatizante–. La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación ha incorporado nuevas causas y tipos de discriminación, además, ha reconocido como supuesto de discriminación la enfermedad, ello, por tanto, ha cambiado de forma profunda el tratamiento de la salud en las relaciones laborales.

Palabras clave: Igualdad, discriminación, discapacidad, enfermedad, despido.

Abstract: The illness has not been recognized as a cause of discrimination except in exceptional cases – for example, due to its duration or if the worker suffers from a particularly stigmatizing illness. The Law 15/2022, of July 12, comprehensive for equal treatment and non-discrimination, has incorporated new causes and types of discrimination. Additionally, it has recognized illness as a cause of discrimination, thus profoundly changing the treatment of health in employment relationships.

Keywords: Equality, discrimination, disability, illness, dismissal.

*luis.gordo@uam.es

1. Enfermedad y discapacidad: conceptos próximos, realidades lejanas

El tratamiento jurídico que las sociedades otorgan a la discapacidad y a la enfermedad evidencia su compromiso con la igualdad de oportunidades. En este sentido, las sociedades más desarrolladas son aquellas con economías más inclusivas y que redistribuyen mejor el incremento de su riqueza¹. Sin lugar a duda, el mercado laboral es uno de los ámbitos que mayores retos plantea para favorecer la inclusión de personas o colectivos que padecen una discapacidad o una enfermedad, de corta o larga duración. Fomentar la empleabilidad de estos colectivos garantiza que puedan desarrollar una vida autónoma e independiente. Para ello los ordenamientos suelen imponer la obligación de adaptar los puestos de trabajo en caso de que la persona trabajadora tenga alguna patología y tachar de discriminatorias las decisiones empresariales, incluidas las extinciones del contrato de trabajo, adoptadas a partir de la afectación a la salud de las personas trabajadoras.

Las similitudes entre ambas realidades –discapacidad y enfermedad–, provoca que los términos a menudo se confundan en el lenguaje coloquial, e incluso, en ocasiones, sean utilizados como sinónimos. Ambas hacen alusión a la salud de los ciudadanos, pero lo cierto es que describen realidades diferentes, que hacen alusión a la salud de los ciudadanos.

La confusión es aún mayor en el ámbito laboral, pues ambas contingencias pueden motivar la concesión de prestaciones para paliar la situación de desprotección en la que se puede ver sumida la persona trabajadora. No obstante, lo cierto es que el tratamiento de estas ha distado de ser equivalente en nuestro país y en el marco europeo, aunque ciertamente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha ido acercando estas dos nociones hasta hacerlas, en cierto modo, intercambiables². Es importante, en consecuencia, abordar una sucinta aproximación a ambos conceptos para delimitar el objeto de análisis.

Definir la discapacidad es una tarea sumamente compleja, por las múltiples aristas y variables que posee este concepto. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, elaborada en el marco de las Naciones Unidas³, incluye entre las per-

¹ El Índice de Desarrollo Inclusivo (IDI) es un indicador económico elaborado por el Foro Económico Mundial. A diferencia del Producto Interior Bruto, el IDI pretende medir el nivel y el índice de mejora en el progreso socioeconómico compartido de un Estado. Es decir, medir no solo el incremento de riqueza, como el PIB, sino también su distribución. La última edición del índice se realizó en el año 2018 y puede consultarse en: <https://www.weforum.org/reports/the-inclusive-development-index-2018/> (última visita: 17 de junio de 2023). En dicha edición, Noruega lideraba el *ranking* con 6,08 puntos [siendo 7 puntos el máximo resultado posible y 1 el peor], seguido por seguida por Islandia (6,07) y Luxemburgo (6,07). España estaba en el puesto 26 (4,4), por detrás de países con economías emergentes como Lituania (4,86), Hungría (4,86) o Chile (4,44).

² Así señalado por GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio y MERCADER UGUINA, Jesús R., “Re-definiendo el concepto de discriminación: la enfermedad como discapacidad”, *Revista de Información Laboral*, núm. 11, 2017, versión on-line, fecha consulta: julio 2023.

³ La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, fue ratificada por España a finales de 2007 y entró en vigor el 4 de mayo de 2008 (BOE de 21 de abril de 2008). Por otra parte, la Unión Europea accedió también a la convención a finales de 2010, entrando en vigor la carta para toda la Unión en enero de 2011 (Decisión del Consejo, de 26 de noviembre de 2009, relativa a la celebración, por parte de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (2010/48/CE), DOCE L núm. 23 de 27 de enero de 2010).

sonas con discapacidad a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Se decanta, en consecuencia, por una definición inacabada⁴. Por su parte, la enfermedad podría ser definida como la “alteración o desviación del estado fisiológico en una o varias partes del cuerpo, por causas en general conocidas, manifestada por síntomas y signos característicos, y cuya evolución es más o menos previsible”⁵. Por tanto, no hay ninguna razón para pensar que una persona con discapacidad sea una enferma⁶.

Lo cierto es que, como se verá con mayor profundidad más adelante, la Unión Europea ha fijado un estándar de protección más exhaustivo para la discapacidad, a través de la Directiva 2000/78/CE⁷, que para la enfermedad, cuya tutela con carácter general no se encuentra recogida en dicha normativa. Ello ha provocado que el Tribunal Supremo haya consolidado la interpretación de que las decisiones empresariales basadas en la enfermedad de la persona trabajadora no vulneran, con carácter general, el derecho a la no discriminación, si no, en todo caso, el derecho a la igualdad. Los límites e uno y otro se distinguirán a continuación.

2. Tutela frente a la discriminación en el entorno profesional

El artículo 14 de la Constitución Española consagra el derecho genérico a la igualdad. El derecho a no ser discriminado podría deducirse, en consecuencia, con carácter general del reconocimiento a la igualdad. No obstante, el legislador constitucional estimó necesario fijar un rechazo expreso a conductas contrarias a la igualdad fundadas en motivos especialmente rechazables u odiosos. En consecuencia, en el propio artículo 14 se incorporó un último inciso que recoge la prohibición respecto de cualquier discriminación fundada en el nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

La amplia formulación del reproche a la discriminación fue valorada inicialmente por el Tribunal Constitucional de una manera equivalente a la de cualquier diferencia arbitraria de trato carente de una justificación objetiva y razonable, entre las que estarían

⁴ MILIOS, Georgios, “El derecho a la no discriminación por motivo de discapacidad: la compleja coexistencia de la normativa y jurisprudencia nacional y supranacional”, en *Revista Derecho y Libertades*, núm. 47, época II, junio 2022, p. 247.

⁵ HERRERO JAÉN, Sara, “Formalización del concepto de salud a través de la lógica: impacto del lenguaje formal en las ciencias de la salud”, *Revista Ene*, Ene. vol.10 no.2, 2016, versión on-line, fecha consulta: julio 2023, disponible en http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1988-348X201600020006&lng=es&nrm=iso.

⁶ POLONIO DE DIOS, Gema, *La discapacidad desde la perspectiva del Estado Social*, Tesis doctoral, versión on-line, fecha consulta: julio 2023, disponible en <https://helvia.uco.es/xmlui/bitstream/handle/10396/13577/2016000001413.pdf?sequence=1>, p. 183.

⁷ Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DOCE de 2 de diciembre de 2000).

las del artículo 14 CE y cualquier otra⁸. Es decir, en un primer momento no se apreció el salto cualitativo que suponía la segunda parte del artículo 14 de la Constitución⁹.

No obstante, con posterioridad se ha distinguido claramente la tutela del derecho a la igualdad respecto de la del derecho a la discriminación. Esta segunda permite el reproche jurídico de aquellas conductas construidas a partir de las diferencias referenciadas expresamente en el propio artículo 14 –nacimiento, raza, sexo, religión y opinión¹⁰– y de aquellas otras históricamente reconocibles de modo palmario como tales en la realidad social y jurídica¹¹. Ahora bien, no todo criterio de diferenciación, ni todo motivo empleado como soporte de decisiones causantes de un perjuicio, puede entenderse incluido sin más en la prohibición de discriminación del artículo 14 CE, pues en ese caso la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta¹².

En consecuencia, el Tribunal Constitucional ha interpretado de forma restrictiva la referencia genérica con la que cierra el artículo 14 de la Constitución. Esta lectura del precepto constitucional ha planteado interrogantes significativos en las relaciones laborales, especialmente en el caso de las personas trabajadoras enfermas. Se ha consolidado la exclusión de la enfermedad del ámbito objetivo de la discriminación¹³. Ello, sin duda, ha suscitado objeciones, especialmente en la doctrina de suplicación¹⁴, que ha facilitado diferentes argumentos para defender que la enfermedad debía ser reconocida como causa de discriminación.

Una vez descartada reiteradamente la enfermedad como causa de discriminación reconocida constitucionalmente, ha sido el legislador el encargado de ampliar legalmen-

⁸ *Vid.* STC 22/1981, de 2 de julio.

⁹ Así, *vid.* RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, Miguel, “Igualdad y no discriminación en el empleo”, en *Derecho y conocimiento: anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento*, núm. 1, 2001, p.474.

¹⁰ Entre otras, STC 182/2005, de 4 de julio, STC 41/2006, de 13 de febrero o STC 145/1991, de 1 de julio.

¹¹ Como la orientación sexual, STC 41/2006, de 13 de febrero.

¹² STC 62/2008, de 26 de mayo y STS de 3 de mayo de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:2351).

¹³ Son numerosos los pronunciamientos en este sentido. Por ejemplo, la STC 118/2019, de 16 de octubre, que declaró constitucional el despido de los trabajadores enfermos que contemplaba el art. 52.2.d ET, más tarde derogado mediante el Real Decreto-ley 4/2020, de 18 de febrero, por el que se deroga el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo establecido en el artículo 52.d) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre; o la STS de 22 de septiembre de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:5749), que declara como improcedente y no como nulo el despido por enfermedad del trabajador al no existir discriminación, ni de lesión del derecho fundamental a la vida y a la integridad física, pues la enfermedad no es equiparable a la discapacidad.

¹⁴ STSJ de Cataluña de 28 de febrero de 2000 [ECLI:ES:TSJCAT:2000:2739], STSJ de Cataluña de 2 de abril de 2001 [ECLI:ES:TSJCAT:2001:4542]; STSJ de Cataluña de 26 de septiembre de 2002 [ECLI:ES:TSJCAT:2002:10499]; STSJ de Murcia de 24 de mayo de 2004 [ECLI:ES:TSJMU:2004:1080]; STSJ Islas Canarias, de 15 septiembre de 2004 [ECLI:ES:TSJICAN:2004:3749]. ARENAS VIRUEZ, Margarita, “La incapacidad temporal como causa de despido: nulidad o improcedencia”, en *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2011; GINÉS I FABRELLAS, Anna, “La nulidad del despido ilícito del trabajador enfermo: la necesidad de una reforma legislativa ante el inmovilismo jurisprudencial”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 2, núm. 18, febrero 2010. “Despido por enfermedad y discriminación”, en *Relaciones Laborales*, núm. 20, 2008.

te las fronteras de este derecho mediante la aprobación de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Al análisis de sus novedades dedicaremos los próximos apartados.

2.1. Causas de discriminación tras la Ley 15/2022

El artículo 2 de la Ley 15/2022 ha ampliado el listado de causas que nuestro ordenamiento contempla como posible fundamento de acciones discriminatorias. No obstante, la enumeración de elementos, en apariencia exhaustiva, es menos trascendental de lo que pudiera parecer en un primer momento, pues son diversas las causas de discriminación que ya estaban contempladas en nuestro ordenamiento a través de otras normas. En consecuencia, la reiteración tiene la virtud de facilitar el conocimiento unificado de los posibles fundamentos de discriminación en nuestro ordenamiento, pero no otorga un plus de protección. En este sentido, la Ley 15/2022 vuelve a identificar como causas de discriminación el nacimiento, el sexo, la religión y las opiniones, motivos todos ellos ya contemplados en el artículo 14 de la Constitución. De igual forma, en similares términos al artículo 4.2.c) ET incorpora como motivos que pueden propiciar decisiones discriminatorias el origen racial o étnico, la edad, la discapacidad, la orientación sexual o la lengua. Finalmente, también contempla la identidad sexual y la expresión de género, causas que han sido adicionadas al artículo 4 del Estatuto de los Trabajadores mediante la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

El análisis de las causas discriminatorias exige realizar dos precisiones adicionales. Primero, sobre la ausencia de inclusión de algunas causas discriminatorias y las posibles consecuencias de dicho silencio; y, segundo, de forma más relevante, sobre aquellas causas incorporadas por primera vez al catálogo de motivos discriminatorios en nuestro país.

En primer lugar, a pesar de que su Exposición de Motivos declara que la Ley 15/2022 es una norma general e integral que “viene a dar cobertura a las discriminaciones que existen y a las que están por venir”, que pretende la eliminación de todas las formas de discriminación y que, como acabamos de señalar, reúne causas discriminatorias provenientes de otros instrumentos, es paradójico que no se hayan incorporados todas las causas ya contempladas en nuestro ordenamiento. Así, la definición del artículo 2 deja fuera el estado civil y la discriminación por estar afiliado o no a organizaciones sindicales, causas previstas de manera consolidada desde la primera versión del Estatuto de los Trabajadores¹⁵. Asimismo, tampoco se ha incorporado al artículo 2 de la Ley 15/2022 el carácter discriminatorio del trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres por el ejercicio de los derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral¹⁶. En ambos

¹⁵ Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores.

¹⁶ Dicha causa ha sido incorporada al art. 4.2.c ET mediante el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de

asuntos, puede criticarse la mala técnica legislativa, que, a pesar de haber fijado objetivos tan ambiciosos para la Ley 15/2022, no ha sido capaz de estar a la altura del compromiso asumido de forma expresa por la Exposición de Motivos. Es decir, ni recoge todas las causas de discriminación existentes en el momento de su aprobación ni ha sido actualizada para incorporar las nuevas causas reconocidas menos de un año después de la aprobación de la Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Sin embargo, debe señalarse que la omisión no reduce ni empeora el estándar de protección, pues las personas trabajadoras seguirán estando protegidas por dichos motivos, al seguir estando vigentes ex mandato del propio Estatuto de los Trabajadores.

En segundo lugar, más interesantes que las ausencias son las nuevas causas de discriminación previstas por la norma. En este sentido, se reconocen dos nuevos motivos: la situación socioeconómica y la enfermedad.

La situación socioeconómica como causa de discriminación ha sido introducida por vez primera por la Ley 15/2022. No obstante, con anterioridad existía y sigue existiendo en el Estatuto de los Trabajadores la discriminación por condición social, configurada como una causa autónoma, al margen de la cláusula de cierre del artículo 14 CE¹⁷, que siendo más general podría permitir proteger a las personas trabajadoras. Así, algunos tribunales han entendido que esta causa proscribía la discriminación por “circunstancias específicas del trabajador, bien en su persona o en su entorno¹⁸”. Así, por ejemplo, esta causa, tanto en su modalidad de condición social como de situación socioeconómica, podría justificar que se tachen como discriminatorias la selección de personal o su despido en atención al tipo de vestuario usado por la persona trabajadora, a usar prendas de marcas *low cost* o en función de la localidad o zona geográfica de residencia.

La enfermedad ha sido también incorporada expresamente como causa de discriminación lo que permite proteger de manera más adecuada a la persona trabajadora enferma, tal y como se verá con mayor detenimiento en un epígrafe específico más adelante. Baste ahora aclarar que la enfermedad ha pasado de no ser contemplada por nuestro ordenamiento como causa de discriminación y solo excepcionalmente por parte de los tribunales a ser reconocida como causa de discriminación con una definición que ofrece amplias posibilidades de control, “enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos”.

vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea, para dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 11 de la Directiva (UE) 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo.

¹⁷ “Cualquier otra condición o circunstancias personal o social”, pese a la aparente indeterminabilidad de este último inciso constitucional, el mismo ha de entenderse referido a condiciones que guarden analogía con las específicamente singularizadas en el citado art. 14 CE (STC 36/2011, de 28 de marzo; STS de 17 de mayo de 2000, ECLI:ES:TS:2000:4018; STS de 14 de febrero de 2013, ECLI:ES:TS:2013:2648).

¹⁸ STSJ del País Vasco de 16 de octubre de 2001 (ECLI:ES:TSJPV:2001:5225).

2.2. Tipos de discriminación previstos por la Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación

El artículo 6 de la Ley 15/2022 ha introducido también de forma novedosa en nuestra legislación una serie de definiciones de lo que debe entenderse por discriminación. Además de los supuestos de discriminación directa e indirecta, con larga tradición en nuestro ordenamiento, se añaden otros conceptos menos habituales, como la discriminación por asociación y por error o la discriminación múltiple e intersectorial. No obstante, a pesar de la originalidad de introducir dichas nociones en la norma, lo cierto es que, como a continuación se apuntará, su aplicación no resulta extraña para los tribunales, tanto nacionales como europeos.

Las discriminaciones directa e indirecta siguen siendo la base sobre la que se construye la tutela antidiscriminatoria en nuestro país. La discriminación directa es la situación en que se encuentra una persona o grupo en que se integra que sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otras en situación análoga o comparable por razón de las causas enunciadas en el apartado precedente. Por otra parte, la discriminación indirecta se produce cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros ocasiona o puede ocasionar a una o varias personas una desventaja particular con respecto a otras.

El artículo 6.2 Ley 15/2022 introduce además las nociones de discriminación por error y por asociación. Ambos elementos son muy útiles para garantizar la tutela de la persona trabajadora en situaciones donde los conceptos clásicos –discriminación directa o indirecta– podrían no resultar suficientes.

La discriminación por error es aquella que se produce cuando el infractor aprecia incorrectamente las características de la persona o personas discriminadas. Es decir, que se produce una discriminación creyendo que concurren unas causas sin que estas existan efectivamente en la persona discriminada¹⁹. Lo relevante, por tanto, no es que el sujeto discriminado ostente la característica de la discriminación, sino que sea discriminado por esa razón²⁰.

¹⁹ Pueden encontrarse distintos supuestos en los que los tribunales han acudido a la noción de discriminación por error para otorgar protección a una persona que había padecido una discriminación por una razón que no concurría en él. Es el caso, por ejemplo, de la STS de 17 de julio de 2002 (ECLI:ES:TS:2002:5418), que estima el agravante de abuso de superioridad y de discriminación por la orientación sexual de la víctima al constatar que “los acusados se habían dirigido a una zona que conocían era frecuentada por homosexuales” habiendo manifestado uno de ellos que “le daban asco”, por ello, la sentencia estima que “se transparenta inequívocamente que la siguiente agresión se llevó a cabo, frente a persona que se suponía homosexual, y en razón de la supuesta tendencia sexual del mismo”, sin que dicha condición concurriera necesariamente.

²⁰ Así ha sido reconocido por el orden social, que también ha resuelto conflictos a partir de la noción de discriminación por error, por ejemplo, en un supuesto en el que un trabajador fue despedido por el empleador al creer erróneamente este que el periodo de recuperación de la persona trabajadora sería de larga duración. Ello permitió al Tribunal estimar que el despido a consecuencia de la duración incierta de la incapacidad temporal –en el sentido de que sus dolencias no presentaban una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo y que dicha enfermedad podía prolongarse significativamente antes del restablecimiento de esa persona– otorgaba una apariencia razonable de que el mismo se había producido por

Por su parte, la discriminación por asociación no implica ya un error respecto de las condiciones exteriorizadas por el sujeto discriminado, sino que supone que a la persona trabajadora se la extiende el padecimiento de una condición discriminatoria por su relación con otra sobre la que sí concurre alguna de las causas enunciadas en el artículo 2 de la Ley 15/2022, analizado con anterioridad. Esta discriminación, aunque novedosa también en el texto normativo, ha sido igualmente identificada en diversas ocasiones por los tribunales²¹.

Interesantes también son los conceptos de discriminación múltiple e interseccional. El primero, se produce cuando una persona es discriminada de manera simultánea o consecutiva por dos o más causas. Por su parte, una conducta puede ser catalogada como discriminación interseccional cuando concurren o interactúan diversas causas de las previstas en esta ley, generando una forma específica de discriminación (art. 6.3 Ley 15/2022).

Cabe señalar que el concepto de discriminación múltiple ya había sido incorporado anteriormente, aunque con carácter secundario, por el legislador en el artículo 20 Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, como concepto a tener en cuenta a la hora de diseñar estadísticas y estudios. También ha sido manejado por el Tribunal Constitucional para declarar la discriminación por razón de edad y de discapacidad²², con fundamento en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos²³.

La discriminación interseccional, por su parte, también reconoce el concurso de diferentes causas, pero con la peculiaridad de crear un nuevo tipo de discriminación, más negativo o complejo. Esta discriminación se suele relacionar normalmente con la discriminación de la mujer²⁴. En este sentido, por ejemplo, El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido la presencia de este tipo de discriminación por no investigar eficientemente una denuncia de tratos inhumanos y degradantes de la policía hacia una mujer nigeriana que ejercía la prostitución y tenía su residencia legal en España²⁵. También el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de referirse a este tipo de discriminación, si bien de forma accesoria o secundaria²⁶.

motivos discriminatorios por la enfermedad asimilable, en este caso, al concepto de discapacidad, *vid.* STSJ Galicia de 13 de abril de 2021 (ECLI:ES:TSJGAL:2021:975).

²¹ Ejemplo del reconocimiento de este tipo de discriminación es el célebre asunto Coleman (STJUE de 17 de julio de 2008), en el que el TJUE estimó que la negativa de una empresa a que una trabajadora recuperara su anterior puesto ni a que adaptase su jornada constituía un supuesto de discriminación por asociación de la discapacidad de su hijo. También los Tribunales Constitucional (STC 71/2020, de 29 de junio) y Supremo (STS de 29 de enero de 2020, ECLI:ES:TS:2020:416) han tenido la ocasión de utilizar el concepto de discriminación por asociación.

²² STC 3/2018, de 21 de febrero.

²³ Sentencia de 25 de julio de 2017, asunto Carvalho Pinto de Sousa Morais contra Portugal (discriminación por sexo y edad).

²⁴ GOÑI SEIN, José Luis, “La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, y el despido por enfermedad”, *Revista Justicia y Trabajo*, núm. 1, diciembre 2022, p. 15

²⁵ STEDH de 24 de julio de 2012, Asunto Solomon vs España.

²⁶ En la STC de 1/2021, de 25 de enero, se hace alusión a este tipo de discriminación en el voto particular

La lectura de los pronunciamientos judiciales parece apuntar a que no existe una nítida diferenciación entre estos dos tipos de discriminación –múltiple e interseccional–. De hecho, pareciera que se usan casi como conceptos equivalentes. No obstante, quizás no sea necesario ni útil el establecimiento de dos conceptos jurídicos estancos. Lo relevante es que el legislador ha incorporado la evidencia de que en ocasiones las personas trabajadoras sufren discriminaciones por múltiples motivos en muchos casos con resultados especialmente reprochable.

3. La discriminación del trabajador enfermo: especial referencia a la extinción del contrato de trabajo

El tratamiento de la enfermedad de las personas trabajadoras ha sido estable en nuestro país desde que la reforma laboral de 1994 suprimiera la nulidad del despido del trabajador enfermo²⁷. La reforma puso fin a un modelo más garantista de los derechos del trabajador temporalmente enfermo²⁸; los tribunales, ante la ausencia de un mandato legal, comenzaron a declarar este tipo de despidos como improcedentes, por las razones que a continuación se expondrán con mayor detenimiento. Por ello la aprobación de la Ley 15/2022 ha supuesto un cambio radical en el panorama de la protección de la salud de las personas trabajadoras. Antes de abordar su análisis, debe exponerse la situación previa a la aprobación de la Ley, pues permanecen vigentes diversos interrogantes y reflexiones alumbradas por la normativa anterior.

3.1. Evolución del tratamiento judicial del despido del trabajador enfermo

La protección del trabajador enfermo en nuestro ordenamiento ha atravesado hasta el año 2022 tres etapas fundamentalmente marcadas por interpretaciones judiciales que han ido ampliando la protección de las personas trabajadoras enfermas.

La primera etapa arranca en el año 1994. Desde ese momento, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha rechazado sistemáticamente calificar con carácter general como nulo el despido del trabajador enfermo. El Tribunal Supremo, apoyado también por la interpretación del Tribunal Constitucional²⁹, ha defendido que el inciso último del artículo 14 de la Constitución, “*cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”, no puede interpretarse de forma expansiva, en el sentido de que comprenda cualquier tipo

del Magistrado Xiol Rios; la STC 67/2022, de 2 de junio, incorpora una referencia a la misma en el fundamento jurídico segundo, aunque sin definirla.

²⁷ Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social

²⁸ GÁLVEZ DURAN, Sergi, “El despido basado en la enfermedad del trabajador: una nueva lectura de la equiparación entre enfermedad y discapacidad”, *IUSlabor*, núm. 3, 2015, p.3.

²⁹ Por todas: STC 62/2008, de 26 de mayo.

de condición o de circunstancia, pues en ese caso la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta³⁰.

La anterior postura quedó confirmada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso *Chacón Navas contra Eurest Colectividades S.A.*³¹, al fallar que enfermedad y discapacidad no son conceptos equivalentes y, por tanto, no tienen por qué tener el mismo tratamiento jurídico. Así la enfermedad solo supondrá una discriminación cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece.

En la siguiente etapa se matizó la postura anterior y se dictaminó que, de hecho, la enfermedad puede, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el artículo 14 CE³². Así ocurriría cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato. Bajo esta argumentación, por ejemplo, se reconoció como discriminatorio el despido del trabajador enfermo de VIH sin síntomas³³. Similar argumentación se usó por el juzgado de los social de Mataró para calificar como nulo el despido de un trabajador contagiado de la Covid-19 durante los primeros días de la pandemia³⁴.

Dentro de esta etapa se incluirían algunos pronunciamientos judiciales que posibilitaron la protección del trabajador enfermo cuando las empresas desarrollaban conductas tendentes a impedir o dificultar la recuperación de la salud de la persona trabajadora³⁵.

Finalmente, el tercer bloque de supuestos sobre el tratamiento de la enfermedad llevó a los tribunales a extender la protección de la tutela discriminatoria a supuestos en los que la persona trabajadora sufría una enfermedad que podía ser calificada como duradera, pues en estos casos³⁶. Entre los indicios que permiten considerar que tal limitación es “duradera” figuran, en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discrimi-

³⁰ Dicha interpretación parte de la STS de 29 de enero de 2001 (ECLI:ES:TS:2001:502); pero es recogida por otras: STS de 23 de mayo de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:3298).

³¹ STJCE 2006/192 de 11 de julio de 2006. Para ver un comentario en detalle a la citada sentencia vid. Escribano Gutiérrez, J. “Enfermedad, discapacidad y discriminación desde las perspectivas nacional y comunitaria”, en *Relaciones Laborales*, núm. 5, 2007.

³² STC 62/2008, de 15 de noviembre.

³³ STEDH de 3 de octubre de 2013, caso núm. 552/10.

³⁴ SJSO Mataró de 1 de febrero de 2021 (ECLI:ES:JSO:2021:161).

³⁵ Así, por ejemplo, en la STS 31 de enero de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:828) se acreditan presiones empresariales para que las personas trabajadoras no soliciten la incapacidad temporal o la STSJ Cataluña de 14 de septiembre de 2021 (ECLI:ES:TSJCAT:2021:7122), que rechaza la política empresarial de despedir sistemáticamente a la persona trabajadora enferma.

³⁶ Asunto *Daouidi*, de 1 de diciembre de 2016 (ECLI:EU:C:2016:917); Asunto *HK Danmark*, de 11 de diciembre de 2013 (ECLI:EU:C:2013:222).

minatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona.

3.2. Enfermedad y discriminación en el entorno profesional tras la Ley 15/2022

Como se ha señalado, la aprobación de la Ley 15/2022 ha modificado notablemente el panorama referente al tratamiento de la enfermedad en nuestro país. No obstante, plantea algunos interrogantes que deben ser analizados desde una perspectiva laboral.

En primer lugar, la primera incógnita planteada por la Ley 15/2022 afecta a su propio ámbito de aplicación. Como se ha señalado, la Ley introduce una novedad especialmente relevante. Nos estamos refiriendo a la declaración como discriminación de la enfermedad o de la condición de salud, del estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos. Lamentablemente, la norma no introduce una definición de estos conceptos, lo que habría sido recomendable para evitar inseguridad jurídica. Pareciera que la norma fijara dos tipos de motivos: en primer lugar, la enfermedad o la condición de salud y, en segundo lugar, el estado serológico y/o la predisposición genética a sufrir patologías y trastornos.

En cuanto a la enfermedad o la condición de salud, que el legislador haya usado una conjunción disyuntiva entre ambos conceptos indica que la condición de salud no es un equivalente de la enfermedad y, por tanto, debe referirse a algo diferente. Quizás lo más acertado sea interpretar que, mientras que la enfermedad exige una alteración de las funciones de los órganos o del organismo en su conjunto, la condición de salud engloba situaciones que no incapacitan para el trabajo y que, de hecho, no tienen la consideración de enfermedad, aunque puedan facilitar la aparición de otras patologías³⁷. Sería el caso, por ejemplo, de la obesidad, de las alergias o de la pérdida de visión, situaciones todas ellas que no tienen la consideración de enfermedad –al menos en sus etapas iniciales–, pero que pueden condicionar el día a día de una persona trabajadora y provocar su discriminación. Debe señalarse, además, que la Ley 15/2022 ha establecido la prohibición de preguntar por las condiciones de salud en los procesos de selección (art. 9.5). Sin embargo, esta prohibición no se ha añadido al elenco de materias que suponen una infracción muy grave en el artículo 16.1.c del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social³⁸.

Por su parte, la incorporación del estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos extiende la protección de la salud a nuevas fronteras. En primer lugar, se codifica la protección de los trabajadores con anticuerpos del VIH, que, como se ha indicado, ya había sido establecida por los tribunales. En segundo lugar, no

³⁷ AGUILERA IZQUIERDO, Raquel, *La discriminación por motivos de salud ante la contratación laboral y el despido. Estado de la cuestión tras la Ley 15/2022*, BOE, 2023, p. 67.

³⁸ Así puesto de manifiesto por: CABEZA PEREIRO, Jaime y VIQUEIRA PÉREZ, Carmen, *Igualdad y no discriminación laborales tras la Ley 15/2022*, Aranzadi, Cizur menor, 2023, p. 118.

solo se contempla la enfermedad sin adjetivos y, por tanto, sin que sea necesario vincularla ya a patologías permanentes o de larga duración, curables o incurables, como se veía obligada a hacer la jurisprudencia antes de la aprobación de la Ley 15/2022 para poder derivar una afectación del derecho a la no discriminación; si no que ahora se reprocha la mera sospecha de que se va a desarrollar una enfermedad en el futuro³⁹.

Ahora bien, si el establecimiento de un trato diferente injustificado en virtud del estado serológico y/o predisposición genética a sufrir enfermedades podrá ser calificado como discriminatorio, la propia obtención de la evidencia médica también plantea muchos interrogantes. En este sentido, lo más habitual será que la evidencia médica se recabe sin el consentimiento de la persona trabajadora o, al menos, sin haberle facilitado a esta toda la información sobre las pruebas y análisis clínicos que la empresa le va a realizar y los datos que con ellas podrá recabar. En estos casos, parece razonable sostener que esta conducta empresarial invadirá la esfera privada de la persona trabajadora y resultará lesiva del derecho a la protección de datos personales, por tanto, las decisiones fundadas sobre dicha evidencia deberán ser declaradas nulas⁴⁰.

A pesar de la ampliación de los supuestos en los que una persona trabajadora enferma verá protegida su estado de salud, lo cierto es que no toda decisión vinculada con la enfermedad tendrá la consideración de discriminatoria. Caben fijar condiciones diferentes en atención al propio proceso de tratamiento de la enfermedad, por razones de salud pública o, finalmente, en atención a las limitaciones objetivas que imponga la enfermedad para el ejercicio de determinadas actividades (art. 2.3 Ley 15/2022). No obstante, en este último caso debe quedar claro que no cualquier limitación objetiva de la enfermedad justificará automáticamente una conducta discriminatoria por parte de la dirección empresarial. Tal proceder vaciaría de contenido la tutela antidiscriminatoria prevista por la propia norma. Por tanto, como excepción, esta debe ser aplicada de forma restrictiva y solo de forma excepcional. Un caso en el que podría aplicarse sería, por ejemplo, para justificar el despido de una persona trabajadora que ha sido declarada no apta y que cumple los requisitos para solicitar una incapacidad permanente no lo hace de forma voluntaria. En estos supuestos, podría ser razonable y no discriminatorio que la empresa no pueda verse obligada soportar la protección de la condición médica de la persona trabajadora.

En segundo lugar, es también necesario examinar cómo se protege la enfermedad desde un punto de vista temporal y prestacional a partir de la Ley 15/2022.

En cuanto a su ámbito temporal de aplicación, debe señalarse que la norma entró en vigor el 15 de julio de 2022. Por tanto, el reconocimiento de la enfermedad como

³⁹ GRAU PINEDA, Carmen, “La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación. La inclusión de nuevas causas autónomas de prohibición de discriminación”, *Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, vol. 8, núm. 2, 2023, p. 47.

⁴⁰ Al respecto, *vid.* STC 196/2004, de 15 de noviembre, que declara vulnerada la esfera privada de la persona trabajadora en un supuesto en el que la empresa realizó un análisis de droga en un control de salud sin contar con habilitación legal para ello y sin consentimiento eficaz de la titular del derecho, actuando sin autorización sobre ámbitos que exigían una información expresa y previa al consentimiento, con vulneración por tanto del art. 18.1 CE.

causa de discriminación, en los términos antes expuestos, solo es predicable respecto de los despidos o decisiones adoptados por las empresas a partir de ese momento⁴¹. Para aquellos litigios producidos con anterioridad a su entrada en vigor, seguirá resultando de aplicación las previsiones legales y la interpretación que de ellas se hacía. En consecuencia, el trato fundado en la enfermedad de la persona trabajadora no podrá ser calificado como discriminatorio, salvo que la enfermedad pueda ser asimilada a la discapacidad mediante alguna de las vías desarrolladas por los tribunales a lo largo de los últimos años y que ha sido antes analizadas.

En cuanto a la protección de la persona trabajadora enferma, habría sido deseable que se contemplara la obligación de realizar ajustes razonables –individualizados⁴²– para adaptar el puesto de trabajo y proteger la salud de las personas trabajadoras. Sin embargo, dicha protección solo se contempla de forma expresa para los supuestos de discapacidad en el artículo 6.1 de Ley 15/2022. Dentro de dicha previsión deben entenderse también incluidos los supuestos en los que la enfermedad pueda ser asimilada a discapacidad⁴³, conforme a la interpretación flexible realizada por el TJUE del concepto de discapacidad contenido en la Directiva 2000/78⁴⁴. Es decir, aquellos en los que la persona trabajadora sufre discriminación a consecuencia de una enfermedad de larga duración que dificulte la inserción laboral o de una enfermedad estigmatizante.

Al margen de los supuestos anteriores, por tanto, el empleador no estará obligado a adaptar el puesto de trabajo del personal enfermo, salvo que este pueda recibir la calificación de trabajador especialmente sensible a determinados riesgos, al amparo del artículo 25 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales. Debe recordarse que este precepto declara trabajador especialmente sensible o cualquiera cuyas carac-

⁴¹ Sin embargo, la SJS de 15 de noviembre de 2022 (ECLI:ES:JSO:2022:3161) aplica incorrectamente la norma y declara la nulidad de un despido fundado en la baja médica de una trabajadora formalizado 6 días antes de la entrada en vigor de la propia norma.

⁴² Se ha destacado que los ajustes razonables exigidos al amparo de la Directiva 2000/78 deben ser específicamente adaptados a las necesidades de la persona trabajadora concreta, *vid.* ALCÁZAR ORTIZ, Sara, “La recepción por los Tribunales españoles de la jurisprudencia comunitaria sobre discapacidad y no discriminación: en particular, el despido y el concepto de enfermedad”, en Vicente Palacio, María Arántzazu (Coord.), *Aplicación por los Tribunales españoles de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia social*, Atelier, 2023, p. 149.

⁴³ En el mismo sentido, *vid.* GOÑI SEIN, José Luis, “La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, y el despido por enfermedad”, *op. cit.*, p. 24.

⁴⁴ Así, por ejemplo, en el Asunto Ruiz Conejero, de 18 de enero de 2018 (ECLI:EU:C:2018:17) el TJUE señaló que “el hecho de que se haya reconocido [...] la condición de discapacitado a efectos del Derecho nacional no implica que tenga una discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78” (párrafo 32); en el asunto Nobel Plastiques, de 11 de septiembre de 2019 (ECLI:EU:C:2019:703), por su parte declaró que “el mero hecho de que se reconozca a una persona la condición de trabajador especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo, en el sentido del Derecho nacional, no significa, de por sí, que esa persona tenga una “discapacidad” en el sentido de la Directiva 2000/78” (apartado 49). No obstante, corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar si el estado de salud de la persona trabajadora supone una limitación de la capacidad derivada, en particular, de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.

terísticas personales dan lugar a un condicionante físico, psíquico o sensorial que le hace particularmente más vulnerable a los riesgos del trabajo; riesgos profesionales que aparecen como consecuencia de esos condicionantes personales o que siendo los riesgos que afectan a cualquier trabajador en el caso de estos se agravan como consecuencia de las particularidades que les caracteriza⁴⁵. El concepto difiere, en consecuencia, del de persona trabajadora con discapacidad⁴⁶. En estos supuestos, el empleador viene obligado a adaptar el puesto o las condiciones de prestación, incluso aunque su patología no pueda ser subsumida dentro del concepto de trabajador con discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78.

El régimen jurídico de protección de la persona trabajadora con una enfermedad subsumible en el concepto de discapacidad y aquella otra catalogada como especialmente sensibles son, por tanto, similares. No obstante, un aspecto importante aleja ambos modelos de protección. En el concepto de ajuste razonable, salvo que estas medidas supongan una carga excesiva para el empleador, previsto en el artículo 5 de la Directiva 2000/78 se incluye incluso el cambio de puesto de trabajo⁴⁷. Sin embargo, no está tan claro que, si no fuera posible la adaptación del puesto o la incorporación de medidas preventivas a fin de evitar el riesgo, fuera preceptivo el cambio de puesto de trabajo de los trabajadores especialmente sensibles⁴⁸.

En tercer lugar, la Ley 15/2022 también clarifica el tratamiento que debe darse al cuestionamiento judicial de las decisiones fundadas en la enfermedad de la persona trabajadora. A este respecto, es significativo señalar que cuando la persona trabajadora alegue discriminación y aporte indicios fundados sobre su existencia, corresponderá a la persona empleadora la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad (art. 30 Ley 15/2022).⁴⁹

⁴⁵ Esta definición ha permitido identificar diferentes tipos de trabajadores especialmente sensibles atendiendo a sus características personales, a su estado biológico o a que tengan reconocida una discapacidad física, al respecto *vid.* MORENO SOLANA, Amanda, “La extinción del contrato de los trabajadores declarados no aptos o aptos con limitaciones pro el servicio médico de prevención”, *Revista Trabajo y Derecho*, núm. 6, 2017 (versión digital), p. 2.

⁴⁶ No todas las personas trabajadoras con discapacidad tendrán la consideración de trabajadores especialmente sensibles, solo la tendrán aquellas en las que exista una limitación y unos riesgos en el trabajo que desarrolla que supongan un riesgo para su salud, *vid.* MORENO SOLANA, Amanda. “Una «vuelta de tuerca» a la protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos”, en Susana Barcelón Cobedo, Carmen Carrero Domínguez y Sebastián de Soto Rioja (Coords.), *Estudios de derecho del trabajo y de la seguridad social: homenaje al profesor Santiago González Ortega*, Junta de Andalucía, 2022, p. 505.

⁴⁷ Asunto HR Rail, de 10 de febrero de 2022 (ECLI:EU:C:2022:85).

⁴⁸ La ausencia de declaración expresa en la LPRL, imponiendo la modificación del puesto, ha llevado a una parte de la doctrina a entender que nuestra legislación no impone dicha obligación; aunque parece que la postura mayoritaria se inclina por defender el cambio de puesto como una medida preventiva derivada del art. 25 LPRL, sobre dicho debate, *vid.* MORENO SOLANA, Amanda, “La extinción del contrato de los trabajadores declarados no aptos o aptos con limitaciones por el servicio médico de prevención”, *Documentación Laboral*, núm. 120, 2020 p. 5.

⁴⁹ Si no se aportan indicios suficientes, no se invertirá la carga de la prueba y el despido no será declarado nulo. En este sentido, la STSJ Galicia de 8 de junio de 2023 (- ECLI:ES:TSJGAL:2023:4199), confirma la improcedencia de un despido de una trabajadora enferma reconocido como tal por la empresa, pues la trabajadora no aportó indicios suficientes para invertir la carga de la prueba. Al contrario, se constató que la

El cuestionamiento judicial de la decisión empresarial podrá acarrear la calificación de procedente, improcedente o nula, pues la Ley 15/2022 no ha instaurado una nulidad objetiva, como los supuestos previstos en el artículo 55.5 a, b y c⁵⁰. Si la empresa no consigue desvirtuar los indicios discriminatorios, entonces los tribunales declararán que la conducta es discriminatoria y, por tanto, nula. Será procedente cuando se logre aportar motivos reales procedentes que justifiquen el despido al margen de la salud de la persona trabajadora y, finalmente, será improcedente en aquellos supuestos en los que se logre desvirtuar los indicios de discriminación, pero existan otros incumplimientos que conviertan el despido en improcedente, como, por ejemplo, defectos formales.

Ahora bien, si la acción cuestionada es un despido por ineptitud sobrevenida por causa médica se debe hacer alguna precisión adicional. Estos casos pueden ser los supuestos más evidentes en los que la decisión empresarial se adopta motivada por la salud de la persona trabajadora. Por ello, la judicialización de dichas decisiones debe iniciarse con la inversión de la carga de la prueba. En consecuencia, si la empresa puede acreditar la gravedad de la ineptitud de la persona trabajadora y afectación de las actividades esenciales desarrolladas por esta el despido deberá calificarse como procedente. No obstante, cuando no se logren aportar elementos probatorios de dicha gravedad y de la afectación de las tareas esenciales desarrolladas por la persona trabajadora corresponderá declarar el despido discriminatorio como nulo y no como improcedente, como correspondía antes de la entrada en vigor de la Ley 15/2022. Ahora bien, el legislador, aunque podría haber fijado una nulidad objetiva, como en el caso de los despidos vinculados al nacimiento de menor, no lo ha hecho. Ello quiere decir que seguirán existiendo supuestos de despidos por ineptitud sobrevenida que deberán declararse improcedentes, por ejemplo, cuando estos se hayan producido con incumplimiento de requisitos formales. Finalmente, debe recordarse que el Tribunal supremo ha señalado que la mera alegación genérica de ineptitud o el despido con base en la mera declaración del servicio de prevención no son suficientes para justificar la procedencia del despido⁵¹, por tanto, en mi opinión a partir de la entrada en vigor de la Ley 15/2022, estos despidos deberán ser declarados nulos.

Mención aparte merecen los despidos de la persona trabajadora durante un proceso de incapacidad temporal. En estos supuestos, parece que la evidencia apunta a que el despido se ha producido por motivos vinculados a la enfermedad de la persona trabajadora y, por tanto, la nulidad será el escenario más plausible. No obstante, es posible que se produzcan despidos durante estos periodos de incapacidad que se construyan sobre razones no vinculadas a la salud y, en ese caso, sí podrían ser procedentes. Ese podría ser el supuesto en el que se descubre una falta muy grave cometida por un trabajador justo antes de iniciar su proceso de incapacidad temporal o en los que se descubra a la

empresa conocía la enfermedad en el momento de la contratación. La enfermedad no impidió, por tanto, la contratación. asimismo, se evidenció que la trabajadora no había estado en situación de incapacidad temporal a lo largo de la vigencia de la relación laboral, ni en concreto lo estaba, ni se acreditó que fuera previsible que lo estuviese, en el momento de comunicación del despido (casi un año después de su contratación).

⁵⁰ Así SJS núm. 1 de Granada de 15 de febrero de 2023 (ECLI:ES:JSO:2023:5).

⁵¹ STS de 23 de febrero de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:830).

persona trabajadora desarrollando actividades incompatibles con su recuperación, entre otros ejemplos. En estos casos, a pesar de encontrarse con el contrato suspendido, parece razonable sostener la procedencia del despido, pues este nada tendría que ver con su enfermedad, si no con una falta cometida por la persona trabajadora.

Finalmente, la declaración de discriminación al amparo del artículo 27 Ley 15/2022 supone la automaticidad del reconocimiento de daños morales⁵², cuestión que ya había sido adelantada por el Tribunal para la vulneración de cualquier derecho fundamental⁵³. En este sentido, el establecimiento de la cuantía de la indemnización por daños morales deberá ser determinada por el órgano judicial con carácter prudencial, sin que pueda exigirse al reclamante la aportación de bases más exactas y precisas para su determinación. Como ha señalado el Tribunal Supremo, la identificación de “circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada” ha de excepcionarse en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada⁵⁴.

Ante la ausencia de un módulo más apropiado, el Tribunal Supremo ha recurrido al criterio orientador de las sanciones pecuniarias previstas por la Ley de Infracciones y Sanciones, determinando la cuantía final en atención a la duración del contrato y el salario de la persona trabajadora⁵⁵. Ahora bien, la utilización de los elementos que ofrece la cuantificación de las sanciones de la LISOS no resulta de aplicación sistemática y directa, sino que al Tribunal Supremo le resulta razonable utilizar las horquillas en ella previstas cifras ofrecen para la solución del caso, atendida a la gravedad de la vulneración del derecho fundamental. De esta forma, la más reciente doctrina de la Sala se ha ido acercando al plano preventivo que ha de corresponder a la indemnización en casos de vulneración de derechos fundamentales⁵⁶. No obstante, dado que el criterio cuantificador de la LISOS no es de aplicación directa y solo ha sido adoptado como marco útil para determinar las indemnizaciones por daños morales, quizás lo más adecuado sea, a partir de la entrada en vigor de la Ley 15/2022, que los daños morales por vulneración del derecho

⁵² Así, ha sido estimado por SJS núm. 3 de Pamplona, de 4 de abril de 2023 (ECLI:ES:JSO:2023:926), que incluso señala que la indemnización “incluso procedería a través del control de convencionalidad en aplicación del art. 24 de la Carta Social Europea revisada, que resulta plenamente aplicable en un caso como el que ahora se enjuicia en el que el despido no tiene causa alguna, resulta injustificado, y se vincula a la situación de enfermedad y condición de salud del demandante, lo que permite aplicar una indemnización adecuada a las circunstancias concurrentes”.

⁵³ El Tribunal Supremo ha señalado que “los daños morales resultan indisolublemente unidos a la vulneración del derecho fundamental” STS de 9 de marzo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:907), STS de 5 de octubre de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:3908), entre otras muchas.

⁵⁴ STS 20 de abril de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1605).

⁵⁵ El criterio ha sido considerado idóneo y razonable por el Tribunal Supremo (entre otras, STS de 15 de febrero de 2012, ECLI:ES:TS:2012:1185; STS 19 de diciembre de 2017, ECLI:ES:TS:2017:4806) y admitido por el Tribunal Constitucional (STC 247/2006, de 24 de julio). Se ha criticado la imprecisión y la falta de una argumentación más exhaustiva, *vid.* ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel, “Últimos pronunciamientos jurisdiccionales sobre la indemnización adicional por transgresión de derechos fundamentales en los despidos nulos”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 5, 2022, p. 283.

⁵⁶ FD quinto, apartado segundo, STS 20 de abril de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1605).

a la discriminación sean determinados a partir de las sanciones previstas en la propia Ley 15/2022⁵⁷. La anterior postura podría ser censurada porque el artículo 46.2 de la Ley 15/2022 mantiene vigente para el orden social las sanciones previstas en la LISOS. No obstante, en la medida en que el recurso a la LISOS o a la Ley 15/2022, en la propuesta aquí sostenida, solo se realiza de forma indirecta y como criterio prudencial no parece existir obstáculo legal para ello. El cambio de norma de referencia ajustaría más esa labor preventiva perseguida en la última jurisprudencia del Tribunal Supremo y exigida pro el artículo 25.3 Ley 15/2022, al recoger esta norma unas cuantías superiores a las previstas por la LISOS. Ello, sin duda, contribuiría a tutelar de manera más adecuada a las personas trabajadoras que vean vulnerado su derecho a la no discriminación.

4. Conclusiones

La aprobación de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, ha incorporado a nuestro ordenamiento valiosos conceptos y nuevos tipos de discriminación. Es cierto que muchos de ellos ya habían sido recogidos e identificados en ocasiones por los tribunales –tanto nacionales como internacionales–, pero su codificación contribuirá a buen seguro a que sean reconocidos con mayor habitualidad por los tribunales contribuyendo con ello a una mejor tutela de las personas trabajadoras que sufran discriminación.

No obstante, si bien lo anterior es relevante, quizás el elemento más importante de la Ley en materia laboral sea reconocer como causa de discriminación la enfermedad de la persona trabajadora, superando con ello la férrea jurisprudencia del Tribunal Supremo que consideraba que el despido del trabajador enfermo no era un supuesto subsumible, con carácter general, en ninguna de las causas de discriminación del artículo 14 CE y, por tanto, correspondía la calificación de improcedencia y no la nulidad. El establecimiento de la enfermedad y la condición de salud como causa de discriminación se hace, además, sin ningún adjetivo que limite o module su inclusión en el catálogo de posibles supuestos discriminatorios. Por ello, es esperable que la protección de la salud en el entorno profesional avance hacia una nueva dimensión, en la que la persona trabajadora y su recuperación física y mental sean el centro de la toma de decisiones en el entorno profesional, desterrando toda decisión perjudicial por motivos de salud.

5. Bibliografía

AGUILERA IZQUIERDO, Raquel, *La discriminación por motivos de salud ante la contratación laboral y el despido. Estado de la cuestión tras la Ley 15/2022*, BOE, 2023.

⁵⁷ Así también propuesto en: ARUFE VARELA, Alberto, “El daño moral al trabajador en la Ley 15/2022: reparación y reposición”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 64, 2023, p. 377.

- ALCÁZAR ORTIZ, Sara, “La recepción por los Tribunales españoles de la jurisprudencia comunitaria sobre discapacidad y no discriminación: en particular, el despido y el concepto de enfermedad”, en Vicente Palacio, María Arántzazu (Coord.), *Aplicación por los Tribunales españoles de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia social*, Atelier, 2023, pp. 139-159.
- ARENAS VIRUEZ, Margarita, “La incapacidad temporal como causa de despido: nulidad o improcedencia”, en *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2011;
- ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel, “Últimos pronunciamientos jurisdiccionales sobre la indemnización adicional por transgresión de derechos fundamentales en los despidos nulos”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 5, 2022, pp. 275-289.
- ARUFE VARELA, Alberto, “El daño moral al trabajador en la Ley 15/2022: reparación y reposición”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 64, 2023, pp. 355-387.
- CABEZA PEREIRO, Jaime y VIQUEIRA PÉREZ, Carmen, *Igualdad y no discriminación laborales tras la Ley 15/2022*, Aranzadi, Cizur menor, 2023.
- GÁLVEZ DURAN, Sergi, “El despido basado en la enfermedad del trabajador: una nueva lectura de la equiparación entre enfermedad y discapacidad”, *IUSlabor*, núm. 3, 2015.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio y MERCADER UGUINA, Jesús R., “Re-definiendo el concepto de discriminación: la enfermedad como discapacidad”, *Revista de Información Laboral*, núm. 11, 2017, [versión on-line, fecha consulta: julio 2023].
- GINÉS I FABRELLAS, Anna, “La nulidad del despido ilícito del trabajador enfermo: la necesidad de una reforma legislativa ante el inmovilismo jurisprudencial”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 2, núm. 18, febrero 2010, pp. 99-123.
- GOÑI SEIN, José Luis, “La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, y el despido por enfermedad”, *Revista Justicia y Trabajo*, núm. 1, diciembre 2022, pp. 5-28.
- GRAU PINEDA, Carmen, “La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación. La inclusión de nuevas causas autónomas de prohibición de discriminación”, *Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, vol. 8, núm. 2, 2023, pp. 32-51.
- HERRERO JAÉN, Sara, “Formalización del concepto de salud a través de la lógica: impacto del lenguaje formal en las ciencias de la salud”, *Revista Ene*, Ene. vol.10 no.2, 2016, versión on-line, fecha consulta: julio 2023, disponible en http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1988-348X2016000200006&lng=es&nrm=iso.
- MILIOS, Georgios, “El derecho a la no discriminación por motivo de discapacidad: la compleja coexistencia de la normativa y jurisprudencia nacional y supranacional”, en *Revista Derecho y Libertades*, núm. 47, época II, junio 2022, pp. 241-271.

- MILIOS, Georgios, “El derecho a la no discriminación por motivo de discapacidad: la compleja coexistencia de la normativa y jurisprudencia nacional y supranacional”, en *Revista Derecho y Libertades*, núm. 47, época II, junio 2022, p. 247.
- MORENO SOLANA, Amanda, “La extinción causal del contrato de trabajo vinculada a la discapacidad”, *Documentación Laboral*, núm. 120, 2020, p. 89. 75-96.
- MORENO SOLANA, Amanda, “La extinción del contrato de los trabajadores declarados no aptos o aptos con limitaciones por el servicio médico de prevención”, *Revista Trabajo y Derecho*, Núm. 6, 2017 (versión digital).
- “Una «vuelta de tuerca» a la protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos”, en Susana Barcelón Cobedo, Carmen Carrero Domínguez y Sebastián de Soto Rioja (Coords.), *Estudios de derecho del trabajo y de la seguridad social: homenaje al profesor Santiago González Ortega*, Junta de Andalucía, 2022, pp. 489-499.
- POLONIO DE DIOS, Gema, *La discapacidad desde la perspectiva del Estado Social*, Tesis doctoral, versión on-line, fecha consulta: julio 2023, disponible en <https://helvia.uco.es/xmlui/bitstream/handle/10396/13577/2016000001413.pdf?sequence=1>, p. 183.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, Miguel, “Igualdad y no discriminación en el empleo”, en *Derecho y conocimiento: anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento*, núm. 1, 2001, pp. 463-488.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel. “Despido por enfermedad y discriminación”, en *Relaciones Laborales*, núm. 20, 2008.

El complicado entramado normativo de planes de igualdad y protocolos en las empresas. Algunas reflexiones sobre protocolos anti-acoso y de gestión de la diversidad

The complicated regulatory framework of gender equality plans and protocols in companies. Some reflections on anti-harassment and diversity management protocols

Patricia Nieto Rojas

ORCID ID: 0000-0003-3734-3392

doi: 10.20318/labos.2023.7934

Resumen: En los últimos cuatro años, se han aprobado numerosas reformas legales (RD Ley 6/2019, Ley 15/2022, Ley 4/2023 y la ratificación por el estado español del CC 190 OIT) que incorporan numerosas y complejas obligaciones a las empresas para gestionar la igualdad y diversidad. Aquellas que den ocupación a cincuenta personas trabajadoras tendrán la obligación de implementar planes de igualdad y, con independencia de su dimensión, todas las empresas tendrán que negociar un protocolo de prevención frente a cualquier tipo de acoso y violencia en trabajo, con un mayor desarrollo para la detección y reparación del acoso sexual, acoso por razón de sexo y violencias sexuales. Finalmente, la ley 4/2023 mandata a la negociación colectiva a incorporar cláusulas que atienden a la diversidad sexual y emplaza a un ulterior desarrollo reglamentario la obligación contenida en el art. 15 y que se materializa en la obligatoria negociación de un conjunto de medidas y recursos para alcanzar la igualdad real y efectiva de las personas LGTBI, que incluya un protocolo de actuación para la atención del acoso o la violencia contra las personas LGTBI. En el presente artículo se analiza la complementariedad entre todos estos planes y protocolos y se valoran sus principales fortalezas y debilidades.

Palabras clave: Igualdad de género; planes de igualdad en las empresas; protocolos; diversidad; LGTBI.

Abstract: In the last four years, numerous legal reforms have been approved (RD Law 6/2019, Law 15/2022, Law 4/2023 and the ratification by the Spanish state of the ILO Convention 190) that incorporate numerous and complex obligations for companies to manage equality and diversity. Companies employing up to fifty workers will have the obligation to implement equality plans and, regardless of their size, all companies will have to negotiate a protocol for the prevention of any type of harassment and violence at work, with a greater deve-

*pnieto@der.uned.es

lopment for the detection and redress of sexual harassment, harassment based on sex and sexual violence. Finally, the law 4/2023 mandates collective bargaining to incorporate clauses that address sexual diversity, and it also requires a further regulatory development of the obligation contained in art. 15, which is materialized in the mandatory negotiation of a set of measures and resources to achieve real and effective equality of LGTBI people, including a protocol of action for the attention of harassment or violence against LGTBI people.

Keywords: Gender equality; equality plans in companies; harassment; procedures; diversity; LGTB.

1. La consecución de la igualdad en la empresa a través de la negociación colectiva

En los últimos cuatro años se han aprobado numerosas reformas en materia de igualdad (en primer lugar, el RD Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación¹; tras él, la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación²; en tercer lugar, la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual³ y, en cuarto lugar, la más reciente Ley 4/2023 , de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI⁴ que consolidan un proceso de transición hacia un modelo flexible de regulación normativa, caracterizado por el retroceso de la fuente heterónoma en favor de la autonomía colectiva en la lógica de que la negociación colectiva es el instrumento idóneo para la gestión consensuada del principio de igualdad en el ámbito de las relaciones laborales.

Por su parte, el vigente Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva⁵ contiene sendos mandatos para seguir avanzando en medidas que contribuyan a eliminar las desigualdades que se producen en el ámbito de las empresas. A juicio de los firmantes del acuerdo, “la negociación colectiva es el ámbito adecuado para avanzar en las medidas legalmente establecidas y adaptarlas a las realidades de las empresas”. Por ello, los convenios colectivos en el ámbito de sus competencias deberán no solo realizar un tratamiento transversal de la igualdad entre mujeres y hombres en todos los contenidos del convenio colectivo sino, especialmente, debieran desarrollar aquellas materias que las distintas normas derivan a la negociación colectiva al tiempo que insta a establecer medidas que favorezcan la contratación y promoción de las mujeres, significadamente en sectores, empresas y ocupaciones donde están infrarrepresentadas.

La pertinencia de esta acción queda fuera de toda duda, máxime cuando el reconocimiento constitucional del principio de igualdad del trato y la prohibición de discrimi-

¹ BOE 8-3-2019.

² BOE 13-7-2022.

³ BOE 7-9-2022.

⁴ BOE 2-3-2023.

⁵ BOE 31-5-2023.

minación por razón de sexo (art. 14 CE), aun habiendo comportado un paso decisivo para el logro de la igualdad entre mujeres y hombres, ha resultado insuficiente, siendo el mercado de trabajo uno de los ejemplos más evidentes de esta desigualdad, tanto en términos de brecha salarial como en lo que hace a las tasas de actividad, temporalidad y parcialidad, consolidando un empleo feminizado intensamente segregado ocupacionalmente. La severidad de la crisis derivada de la COVID-19 ha constatado que en el mercado laboral se siguen reproduciendo desigualdades de género que son estructurales, y son asimismo el reflejo de un modelo de conciliación que se ha diseñado en España ignorando la existencia de dicha división sexual. Para revertir esta situación, el RDL 6/2019, de 1 de marzo, ordenó toda una relación de reformas, cuyo objetivo venía dirigido a reforzar el cumplimiento de estas obligaciones desde la negociación colectiva e impulsar la labor de los interlocutores sociales en la función de avanzar en la igualdad entre hombres y mujeres. En la exposición de motivos, se señalan los “resultados discretos, cuando no insignificantes”, conseguidos por las medidas promocionales de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres⁶ (en lo sucesivo LOIEMH), en la efectividad de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, el “claro retraso en el cumplimiento de los objetivos de igualdad”, la persistencia de “desigualdades intolerables en las condiciones laborales de mujeres y hombres”, “la brecha salarial que no ha sido reducida en los últimos años”, la “fuerte discriminación” de la mitad de la población, el reto de la Revolución Industrial 4.0 y de la digitalización, en la que las brechas de género se manifiestan en la infrarrepresentación de las mujeres en ciencia, tecnología, ingeniería y matemáticas, ámbitos de creación de los puestos laborales mejor remunerados, como las razones de extraordinaria y urgente necesidad que motivan la promulgación de una norma con rango de RD Ley.

En este difícil panorama la aprobación de una nueva norma integral y transversal en materia de empleo y ocupación, que contenga las garantías necesarias para hacer efectivo el principio de igualdad de trato y de oportunidades, con base en los artículos 9.2 y 14 de la Constitución Española, ha recibido el aval del TC en un reciente pronunciamiento –STC 18/2023–⁷. La medida más potente contenida en la LOIEMH es la exigida a todas las empresas de más de cincuenta personas trabajadoras que habrán de negociar un plan de igualdad, entendiendo este como un conjunto ordenado de medidas evaluables, adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo. Los planes de igualdad se configuran como herramientas sumamente útiles para corregir la desigualdad entre mujeres y hombres pues, atendiendo a su configuración legal, tendrán que contener una serie de medidas tendentes a corregir las carencias evidenciadas en la fase previa de diagnosis, fijando los

⁶ BOE 23-3-2007.

⁷ CASAS BAAMONDE, M. E. “Legislación excepcional de urgencia e igualdad de género en el empleo y la ocupación. La constitucionalidad del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, Vol. 5, 2023.

concretos objetivos a alcanzar, las acciones comprometidas para conseguirlos, los recursos dotados a tal finalidad, los plazos de consecución y las personas responsables de llevar a cabo tal cometido.

Por decisión legal, la negociación colectiva se convierte en el instrumento a partir del cual las empresas tendrán que avanzar en la consecución de acciones que logren la igualdad entre hombres y mujeres. La delegación del poder legislativo a la autonomía colectiva exige analizar las reglas de articulación entre el convenio aplicable en la empresa y el plan de igualdad, toda vez que la letra b) del art. 85.2 ET se limita a expresar que, allí donde rija un convenio de sector, el plan de igualdad debe atenerse a los términos y condiciones establecidos en el mismo, “a través de las oportunas reglas de complementariedad”. Ahora bien, no pocos convenios de sector han establecido reglas sobre ámbito y contenidos vinculados a la igualdad, pero no se han clarificado las hipotéticas relaciones de conflicto ni cómo, en su caso, estos tienen capacidad modificativa, interpretativa o incluso anulatoria del convenio de sector con el que concurren.

La reforma operada por el RD Ley 6/2019 y el posterior desarrollo reglamentario (RD 901/2020⁸ y RD 902/2020⁹) suponen un esencial punto de inflexión “a la vista de la parca respuesta de la negociación colectiva, llamada a ser un aliado imprescindible e insustituible en este contexto. Así, esa normativa estatal introduce significativas modificaciones, previstas para dar cumplimiento al imperativo de los poderes públicos de adoptar medidas dirigidas a evitar situaciones patentes de desigualdad de las mujeres respecto de los hombres en las condiciones de trabajo, incluidas las acciones positivas, si razonables y proporcionadas en relación con el objetivo de igualdad perseguido en todas las fases de la relación laboral y aun antes, en el propio acceso al mercado de trabajo, y de carácter temporal en tanto subsistan las diferencias”¹⁰.

El propio legislador es consciente de la insuficiencia de la norma heterónoma para traducir a la práctica ese objetivo de eliminación o reducción de las diferencias laborales por razón de género. Por ello, tras la inicial previsión de la obligación de las políticas de empleo de priorizar la mayor participación y permanencia de las mujeres en el mercado de trabajo, verdadera acción positiva de carácter público, ex art. 42 LOIEMH, que después extiende también a la negociación colectiva (art. 43 del mismo texto legal), y esta última norma continúa en sus arts. 45 y ss. delegando en la negociación colectiva la capacidad reguladora principal en la consecución de la igualdad entre mujeres y hombres en cualesquiera condiciones de trabajo, como también expresan los arts. 17.4 y 85.1.2º y 22.3 ET. En este ánimo de reconocer el destacado papel que pueden asumir los agentes

⁸ 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 (BOE 14-10-2020)

⁹ Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres (BOE 14-10-2020).

¹⁰ VALDEOLIVAS GARCÍA, Y. El papel reforzado de la negociación colectiva en el incesante y acelerado proceso de la igualdad de género en el trabajo. AAVV. “*Medidas de igualdad por razón de género en la negociación colectiva: XXXIV Jornada de estudio sobre negociación colectiva*”. Madrid: Ministerio de Trabajo y Economía Social, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, 2022, p. 23.

sociales en el desarrollo de acciones de impulso para la consecución de la igualdad en las empresas, el Dictamen elaborado por el CES al anteproyecto de ley de garantía de violencias sexuales¹¹ enfatizaba en la necesidad de reformular el texto para reconocer en él el decisivo papel de organizaciones sindicales y patronales pueden asumir en la prevención de cualquier tipo de violencia sexual en el entorno laboral.

También en la Ley 15/2022, de igualdad de trato, se enfatiza en el esencial papel que tienen los agentes sociales en la lucha contra la discriminación que sufren una multiplicidad de colectivos¹². Para ello, toma como referencia el artículo 14 de la Constitución y, junto a los seis motivos de discriminación recogidos en la normativa comunitaria (sexo, origen racial o étnico, discapacidad, edad, religión o creencias y orientación sexual), incorpora expresamente los de enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, identidad sexual, expresión de género, lengua y situación socioeconómica, al tiempo que mantiene la cláusula abierta que cierra el mencionado artículo. Con esta decisión, se pretende hacer frente de manera omnicompreensiva a todas las formas de discriminación, atendiendo de manera particular a formas históricas de segregación.

Que el artículo 10 –apartados segundo y tercero– de la referida ley hagan una llamada a que la negociación colectiva pueda establecer medidas de acción positiva para prevenir, eliminar y corregir toda forma de discriminación en el ámbito del empleo y las condiciones de trabajo por las causas previstas en este nuevo marco normativo ha de ser valorado muy positivamente, aunque, ciertamente, la experiencia precedente no nos permita ser especialmente optimistas con esta delegación de poder¹³. Quizá por ello, el art. 33.2 de la referida ley abre la puerta a la aprobación de acciones consistentes en medidas económicas, comerciales, laborales, asistenciales o de otra naturaleza, destinadas a promover condiciones de igualdad de trato y no discriminación en el seno de las empresas o en su entorno social, por la sola iniciativa empresarial, en el marco de su estrategia de responsabilidad social empresarial; acciones sobre las que, en todo caso, se informará a los representantes de los trabajadores de las acciones adoptadas.

Se ha cuestionado si esta configuración legal no habrá sido un intento de esquivar a la negociación colectiva que ha mostrado hasta ahora poca implicación en las cuestiones relativas a la promoción de la igualdad. La necesaria formalización de acuerdos, que

¹¹ CES. Dictamen sobre el anteproyecto de ley orgánica de garantía integral de la libertad sexual. Sesión ordinaria 25 de noviembre de 2020, p. 27 y p. 36.

¹² Y así, el art. 2.1 establece que “nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Como expresamente señala su exposición de motivos, la ley se caracteriza por ser integral respecto de los motivos de discriminación, tal y como se refleja en su Título Preliminar, que establece los ámbitos objetivo y subjetivo de aplicación.

¹³ NIETO ROJAS, P. “Cláusulas de empleo en la negociación colectiva sectorial: algunas tendencias”. *Revista de información laboral*, vol. 10, 2016, págs. 163-179.

siempre es compleja, se sustituye en favor de la actuación unilateral del empresario¹⁴, lo que puede agilizar la aplicación de estas medidas en la empresa, máxime a la luz de la escasa atención que este tipo de estrategias ha recibido en el tratamiento negocial, al menos en relación con la previsión contenida en el apartado cuarto del art. 17 ET como evidencia la estadística de convenios colectivos firmados en el año 2021, donde solo el 14,2% de los textos paccionados habían hecho uso de la facultad prevista en el apartado cuarto del art. 17 ET.

CONVENIOS COLECTIVOS DE TRABAJO			CCT	
REGISTRADOS HASTA JUNIO DE 2022				
FIRMADOS EN 2021				
CCT-I.3.1 CONVENIOS FIRMADOS Y SUS TRABAJADORES CON INFORMACIÓN SOBRE CLÁUSULAS CUALITATIVAS. TOTAL CONVENIOS 2020.				
TIPOS DE CLÁUSULAS	CONVENIOS		TRABAJADORES	
	Valores absolutos	En porcentaje (1)	Valores absolutos	En porcentaje (1)
Medidas de promoción de la igualdad de trato y oportunidades entre hombres y mujeres	547	39,44	1.780.302	38,45
En materia de contratación	481	34,68	1.509.542	32,61
En materia de formación	403	29,06	1.375.913	29,72
En materia de promoción	438	31,58	1.360.554	29,39
En materia de salarios	440	31,72	1.515.422	32,73
En materia de estabilidad en el empleo	314	22,64	1.154.276	24,93
Medidas de preferencia a favor del sexo menos representado (acciones positivas)	197	14,20	736.973	15,92
En materia de contratación	174	12,55	619.525	13,38
En materia de formación	125	9,01	694.996	15,01
En materia de promoción	139	10,02	608.790	13,15
En materia de adaptación de la jornada laboral a la vida familiar	132	9,52	709.819	15,33
Medidas para prevenir el acoso sexual o el acoso por razón de sexo	674	48,59	2.820.263	60,92
Medidas para la protección de las víctimas de violencia de género	501	36,12	2.128.755	45,98
Medidas de promoción de la igualdad de trato y oportunidades no discriminatorias	532	38,36	1.849.036	39,94

2. Aspectos críticos en el desarrollo negocial de los planes de igualdad. Interlocución y registro

El art. 26 de la Directiva 2006/54, de 5 de julio, relativo a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, determina que “los Estados miembros, de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o las prácticas nacionales, alentarán a los empresarios y a los responsables del acceso a la formación a adoptar medidas eficaces para prevenir todas las formas de discriminación por razón de sexo y, en particular, el acoso y el acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en el acceso al empleo, en la formación profe-

¹⁴ SÁNCHEZ-GIRÓN MARTÍNEZ, B. “El nuevo tratamiento de las medidas de acción positiva en la Ley 15/2022”, *Femeris*, vol. 8, núm. 2, 2023, p. 69.

sional y en la promoción”. La transposición de esta Directiva al ordenamiento jurídico español se efectuó a través de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres que no solo se hizo bajo una evidente intención de incorporar la igualdad de género como un principio transversal, sino que incorporó dos singulares herramientas para la consecución de este objetivo: las medidas y los planes de igualdad (artículo 45 LOIEMH, en relación con los artículos 17 y 85 ET). Y así, “(...) sin perjuicio de la libertad de las partes para determinar el contenido de los convenios colectivos”, se impone un deber de negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en todos los convenios colectivos.

Cuando se aprobó esta Ley ya sostuvimos¹⁵ que la misma reflejaba “un proceso de transición hacia un modelo flexible de regulación normativa, caracterizado por el retroceso de la fuente heterónoma en favor de la autonomía colectiva como mecanismo regulador de las condiciones de trabajo, en la lógica de que la negociación colectiva es el instrumento idóneo para la gestión consensuada del principio de igualdad en el ámbito de las relaciones laborales”, y proseguíamos señalando que “el éxito de estos instrumentos y de cualquier medida que potencie la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres necesariamente tiene que conectarse con cambios de actitudes profundos, intensos y permanente y, a tal efecto, si las medidas o los planes de igualdad se acuerdan con la representación legal de las personas trabajadoras se consensua un marco de promoción de la igualdad avalado entre los encargados de su ejecución lo que, sin duda, incrementaría su eficacia”.

Desde esta óptica promocional, también el V AENC contiene un capítulo denominado “igualdad”, en el cual las partes firmantes señalan su compromiso de “*desarrollar medidas integrales para favorecer la igualdad laboral y salarial entre hombres y mujeres*”. Por decisión legal, la adopción de medidas para la consecución de la igualdad entre hombres y mujeres es desde el año 2007 contenido mínimo de todo convenio estatutario, sin perjuicio de que en las empresas de más de cincuenta personas trabajadoras en plantilla, esta negociación tenga que dirigirse a la aprobación de planes de igualdad en los términos y condiciones que se hubieran establecido en los indicados convenios para cumplimentar dicho deber a través de las oportunas reglas de complementariedad. Ahora bien, aunque la obligación legal para que las empresas estén mandatadas a negociar y, en su caso, acordar un plan de igualdad se vincula a que estas den ocupación a más de cincuenta personas trabajadoras, también cabe que sea el convenio colectivo aplicable el que cree esta obligación, toda vez que el art. 45.3 LOIEMH hace una llamada a la negociación colectiva extiende la obligación de negociar planes de igualdad bien a todas las empresas incluidas en su ámbito de aplicación, bien a las empresas que tengan un determinado número de personas trabajadoras, pudiendo reducir el umbral de trabajadores que prevé el art. 45.2 LOIEMH e incluso eliminarlo¹⁶.

¹⁵ NIETO ROJAS, P., “Medidas y planes de igualdad en las empresas. Proceso de creación e implantación.”, en Mercader Uguina, J. R. (ed.) *Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 396.

¹⁶ Como ha recordado el TS, por todas, en STS de 13 de septiembre de 2018, Rec. 213/2017.

La mayor dificultad en la práctica negocial se ha ocasionado ante la ausencia de representación legal en muchas empresas obligadas a contar con un plan de igualdad; carencia que, conforme mandata el art. 5.3 RD 901/2020, tiene que ser suplida con una comisión sindical.

En algunos territorios y federaciones, las organizaciones sindicales están teniendo notables dificultades para atender esta demanda de interlocución y, ante este hecho, algunas empresas han decidido impulsar unilateralmente el plan de igualdad. El problema es cuando pretenden registrar este documento como plan de igualdad “no acordado”¹⁷, algunas empresas suelen obtener una resolución denegatoria de la autoridad laboral, habiendo sido objeto de atención judicial esta controversia. La primera sentencia conocida fue dictada por la STSJ Andalucía (Málaga) de 25 de enero de 2023¹⁸, que resuelve una demanda de impugnación de actos administrativo. El tribunal revoca la resolución de fecha 15 de septiembre de 2021, por la que se acordaba denegar la inscripción del plan de igualdad de la empresa y ordena que se proceda al registro e inscripción del referido plan, de conformidad con el artículo 6 RD 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios colectivos de trabajo y planes de igualdad. Señala a este respecto el TSJ de Andalucía que “entender lo contrario implicaría aceptar que el cumplimiento de una obligación empresarial (la necesidad de elaboración y aplicación de un plan de igualdad en empresas de cincuenta o más trabajadores) se hace depender de la voluntad de un tercero distinto del sujeto obligado o, lo que es lo mismo, que la mera falta de respuesta de los sindicatos sería suficiente para impedir el cumplimiento de la obligación empresarial, con las consecuencias negativas que de ello puedan derivarse para la empresa.”.

La segunda cuestión que reviste interés es qué ocurre si el trámite administrativo de registro supera el plazo reglamentariamente previsto, es decir, la Administración no contesta en el plazo preceptivo. Pues bien, la STSJ Madrid de 30 de septiembre de 2022¹⁹ resuelve una demanda planteada por una empresa que, en diciembre de 2021, solicitó al Ministerio de Trabajo y Economía Social la expedición del certificado del silencio administrativo estimatorio, obteniendo una negativa a este pretensión. Recurre la empresa este acto administrativo y el TSJ recuerda que “el artículo 24.1.1.º de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que regula el silencio administrativo en procedimientos iniciados a solicitud del interesado, establece que, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma prevista en el apartado 3 de este artículo, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa, legitima al interesado o interesados para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de ley o una norma de Derecho de la Unión Europea o de Derecho internacional aplicable en España establezcan lo contrario”, de manera, que, ante la falta de respuesta de la autoridad laboral, opera el silencio positivo.

¹⁷ Apartado 2.1 f) del registro público de convenios y planes, regulado en el RD 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo. (BOE 12-6-2010)

¹⁸ Recurso 180/2023.

¹⁹ Recurso 437/2022.

Más recientemente, la STSJ Madrid de 24 de febrero de 2023²⁰ advierte que, ante la ausencia de respuesta sindical, “la empresa se encuentra inerte para constituir la comisión negociadora de su plan de igualdad, habida cuenta de que carece de representación legal de los trabajadores y que los llamados a sustituirlos a estos efectos, conforme a lo dispuesto en el artículo 5.3 del Real Decreto 901/2020, esto es los sindicatos más representativos y los sindicatos representativos del sector al que pertenece y con legitimación para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación, no han accedido a integrarse en dicha comisión, por lo que no puede exigirse a la empresa que remueva obstáculos que no está en su mano eliminar, no pudiendo hacer nada para la constitución de dicha comisión”, y reconoce el derecho empresarial a registrar el plan, asimilando este texto a un plan adoptado sin acuerdo ante “la inexistencia de comisión negociadora por causa ajena a la voluntad de la empresa y no imputable a la misma que ha tratado reiteradamente de que fuera constituida”.

Evidentemente, esta doctrina judicial tiene una proyección mayor que la de entender registrado el plan, toda vez que el art. 71.1 d) Ley 9/2017²¹ contempla una verdadera prohibición de contratar para las empresas de 50 o más trabajadores que no cumplan con “la obligación de contar con un plan de igualdad conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres” mientras que el art. 8e) RD Ley 1/2023²² señala que, para poder ser beneficiario de las ayudas en materia de contratación, las empresas legal o convencionalmente obligadas a tener un plan de igualdad deberán contar con este. Y este requisito “se entenderá cumplido con la inscripción obligatoria en registro público de conformidad con lo previsto en el artículo 11 del 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”.

El registro del plan se configura, por lo expuesto, como un trámite constitutivo; no es un mero requisito formal ni se practica a los solos efectos de conocimiento y publicidad del plan, sino que solo a partir de la inscripción en registro, el plan de igualdad goza de virtualidad plena. Es más, en la medida en la que la obligación de registrar se deriva de lo establecido en el art. 46 LOIEMH, su incumplimiento tendría perfecto encaje en el art. 7.13 LISOS, de acuerdo al cual se considera infracción administrativa grave “no cumplir las obligaciones que, en materia de planes y medidas de igualdad, establecen la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, el Estatuto de los Trabajadores o el convenio colectivo que sea de aplicación”.

²⁰ Recurso 1360/2022.

²¹ Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (BOE 9-11-2017).

²² Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas (BOE 11-1-2023).

3. El papel de la empresa en la prevención de las violencias sexuales a través de medidas negociadas con la representación legal

La última Macroencuesta de Violencia contra la Mujer 2019²³ estima que un 40,4% de las mujeres habían experimentado, entre otras situaciones de acoso sexual, miradas lascivas persistentes, tocamientos indeseados o amenazas en el trabajo al haber rechazado propuestas sexuales. Señala también este informe que “del total de mujeres de 16 o más años residentes en España, el 6,5% ha sufrido violencia sexual en algún momento de su vida de alguna persona con la que no mantiene ni ha mantenido una relación de pareja”. Más preocupantes son los datos en el ámbito laboral: en la investigación “El alcance del acoso sexual en el trabajo en España”²⁴, elaborada por CCOO, advierte de que el 50,4% de las trabajadoras han sufrido algún tipo de acoso. Según este estudio, los comportamientos más habituales son aquellos considerados de menor intensidad, como por ejemplo la exhibición de materiales pornográficos, o comentarios groseros sobre su cuerpo o sobre el de otras trabajadoras, un 18,3% de las mujeres entrevistadas sufrió situaciones de acosos más intensas como roces o tocamientos por parte de compañeros, jefes o clientes (15,5% de las mujeres acosadas), invasión del espacio físico por parte de compañeros o jefes (61,8% de las mujeres acosadas), presiones para mantener relaciones o salir juntos (9,0% de las mujeres acosadas), chantaje de superiores para obtener mejoras a cambio de relaciones sexuales (11,8% de las mujeres acosadas) o asalto o agresión sexual por parte de alguien del trabajo (2,0% de las mujeres acosadas).

Ante este problema social de innegable magnitud, la aprobación de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual²⁵ persigue la adopción y puesta en práctica de políticas efectivas, globales y coordinadas que garanticen la sensibilización, prevención, detección y la sanción de las violencias sexuales²⁶, contemplando que la acreditación de esta condición, al igual que ocurre con las víctimas de violencia de género, sea factible a través de una multiplicidad de instancias (v. gr. informe de los servicios sociales, de los servicios especializados en igualdad y contra la violencia de género, de los servicios de acogida destinados a víctimas de violencias sexuales de la Administración Pública competente, o de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, en los casos objeto de actuación inspectora; por sentencia recaída en el orden jurisdiccional social; o por cualquier otro título, siempre que ello esté previsto en

²³ El estudio en su integridad puede ser consultado en el siguiente enlace: https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/macroencuesta2015/pdf/Macroencuesta_2019_estudio_investigacion.pdf

²⁴ CCOO. El alcance del acoso laboral en España, accesible en: <https://www.ccoo-servicios.es/archivos/alcanceacoso.pdf>

²⁵ BOE 7-9-2022.

²⁶ Entendiendo como tal, conforme establece el art. 3 LO 10/2022, “cualquier acto de naturaleza sexual no consentido o que condicione el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito... incluyendo el...digital. En todo caso se consideran violencias sexuales los delitos previstos en el Título VIII del Libro II. del Código Penal... el acoso con connotación sexual y la trata con fines de explotación sexual. Se prestará especial atención a las violencias sexuales... en el ámbito digital...”.

las disposiciones normativas de carácter sectorial que regulen el acceso a cada uno de los derechos y recursos –art. 37 LO 10/2022–.

Sin poder abordar en su integridad el alcance de los derechos laborales que la legislación reconoce a las víctimas²⁷, tenemos que analizar el alcance de la llamada hecha por el legislador a la negociación colectiva. Concretamente, el art. 12 de la ley, con el título “prevención y sensibilización en el ámbito laboral”, incluye medidas que complementan las recogidas en el art. 48 de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de noviembre, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, al tiempo que insta a la representación legal en el seno de la empresa a tener un activo papel en la lucha contra cualquier tipo de violencia y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo²⁸, incidiendo especialmente en el acoso sexual y el acoso por razón de sexo. Con un evidente ánimo de mejorar la eficacia de estas medidas, se contempla que los procedimientos específicos creados para la prevención de estas situaciones y, en su caso, para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido víctimas de estas conductas se aplicarán a la integridad de la plantilla, pero también podrán beneficiarse las personas que estén en régimen de beca y el voluntariado y también, como no podía ser de otro modo, las personas que presten sus servicios a través de contratos de puesta a disposición.

En segundo lugar, mandata a las empresas a ofrecer formación para la protección integral contra las violencias sexuales a todo el personal a su servicio al tiempo que se emplaza a un ulterior desarrollo reglamentario la creación del distintivo de “Empresas por una sociedad libre de violencia de género”.

También en el vigente AENC se incorpora una expresa mención a “impulsar la prevención de las violencias sexuales y de hacer frente al grave problema de la violencia de género, así como de garantizar los derechos de sus víctimas”, para lo cual considera que debe reforzarse la actuación de la negociación colectiva para: a) promover condiciones de trabajo que garanticen empresas y centros de trabajo como espacios seguros y libres de violencias y acosos sexuales o por razón de sexo, así como la dignidad de las personas trabajadoras, evitando conductas contra la libertad sexual y la integridad en el trabajo; b) arbitrar procedimientos específicos o protocolos de actuación para la prevención y denuncia del acoso sexual y el acoso por razón de sexo, en línea con lo previsto en el artículo 48 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y el artículo 12 de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual; c) impulsar en los protocolos de acoso la incorporación de medidas “cautelares” de apoyo a las víctimas, a fin de garantizar su integridad y su continuidad en el empleo durante el desarrollo del procedimiento de denuncia. Cuando esté previsto en el protocolo de acoso o lo solicite la víctima, se asegurará la participación de la represen-

²⁷ Véase GOERLICH PESET, J. M.; ¿Qué ha pasado con los derechos laborales de las víctimas de la violencia sexual? <https://www.elforodelabos.es/2023/03/que-ha-pasado-con-los-derechos-laborales-de-las-victimas-de-violencia-sexual/>

²⁸ ÁLVAREZ CUESTA, H. “La protección laboral y social de las víctimas de violencias sexuales en la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual”, *Temas Laborales*, vol. 166, 2023, pp. 20-22.

tación legal de las personas trabajadoras o una delegación de esta. En todos los casos, se preservarán los principios de confidencialidad, celeridad, garantía de la intimidad e imparcialidad, protegiendo a la víctima y a las personas que participen en el procedimiento derivado de la denuncia, y d) impulsar la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas, así como la sensibilización y formación para la protección integral contra las violencias sexuales (artículo 12 de la LO 10/2022, antes citada). En suma, es necesario avanzar en procedimientos de prevención cuya efectividad exigirá, en su contenido, la definición de los comportamientos prohibidos, la declaración de principios, compromiso de la empresa y de los directivos de tolerancia 0, promoción de que las víctimas denuncien, formación de los diversos operadores; procedimiento adecuado de denuncias, garantía de indemnidad de las víctimas que denuncien; así como una regulación del procedimiento sancionador (celeridad, confidencialidad, formación de la persona titular de la instrucción y tipificación de las infracciones gradualista y precisa).²⁹

4. La negociación de protocolos frente a cualquier tipo de acoso como obligación autónoma a la luz del Convenio 190 OIT

Dentro del ordenamiento jurídico español, la primera definición de acoso fue dada por el artículo 2 de la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modificó la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. Dicha directiva no solo proporcionó una definición de acoso sexual, sino que exige a las empresas y responsables del acceso a la formación a adoptar medidas para su prevención³⁰. Con posterioridad, la Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de septiembre de 2018, sobre las medidas para prevenir y combatir el acoso sexual y psicológico en el lugar de trabajo, en los espacios públicos y en la vida política en la Unión³¹ pide a la Comisión que presente una propuesta destinada a combatir el acoso laboral y sexual en el lugar de trabajo, en los espacios públicos y en la vida política, en la que se incluya una definición exhaustiva y actualizada de acoso (sexual o de otro tipo) y de acoso laboral .

Por su parte, en el Convenio de Estambul, ratificado por el estado español³², el acoso es objeto de una tipificación expresa. Ciertamente, la definición que establece el Convenio de Estambul sobre el acoso³³, en su artículo 34, es muy amplia y el artículo 40

²⁹ SAEZ LARA, C. “Violencia sexual, mujer y trabajo”. *Revista Galega de Dereito Social - 2ª etapa: (RGDS)*, vol. 16, 2022, p. 38.

³⁰ Artículos vigentes 2.1.d), 2.2.a) y 26 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006 (refundición)

³¹ DOUE 23-12-2019.

³² 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 (BOE 6-6-2014).

³³ Artículo 34: “un comportamiento amenazador contra otra persona que lleve a esta temer por su seguridad”.

establece que el acoso, en este caso sexual, “es un comportamiento no deseado, no verbal o físico, de carácter sexual que tenga por objeto o resultado violar la dignidad de una persona...” y concreta aún más diciendo que el acoso crea “un ambiente intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”. Se trata de una definición claramente alineada con la que ofrece el artículo 2.1.d) de la Directiva 2006/54/CE, así como con la prevista en el artículo 2.d) de la Directiva 2004/113/CE, en las que el acoso sexual se define como: “la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”. Definición que, con ligeras modificaciones, fue acogida por el art. 7 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Hubo que esperar hasta el año 2009 para que la Inspección de Trabajo dictase el Criterio Técnico número 69³⁴ que no solo establece “la responsabilidad del empresario por conductas omisivas deriva de su posición de garante del pleno disfrute por los trabajadores que se encuentren a su servicio de los derechos básicos que componen la relación laboral” sino que también abre la puerta a la responsabilidad “por omisión o inacción cuando habiendo conocido o debido conocer los hechos no haya tomado las medidas suficientes y adecuadas para evitar la violación de los derechos de los trabajadores”. Ahora bien, sin perjuicio de la necesidad de avanzar en la eficacia de las medidas sancionadoras y, especialmente, en las reparadoras, es imprescindible mejorar la protección de las víctimas a través de un abanico de medidas no sólo centradas en el castigo a los agresores, sino también en la protección³⁵, siendo esencial el papel que pueden jugar los protocolos de prevención frente a cualquier tipo de acoso o violencia en el trabajo.

Cabe destacar también el impulso que ha supuesto la ratificación por el estado español³⁶ del Convenio 190 OIT³⁷, y su correspondiente Recomendación 206 sobre la Violencia y el Acoso³⁸ hasta el punto de haber sido calificado como “un momento histórico en la evolución normativa de la OIT”³⁹ al entender que este Convenio será incorporado a ese grupo de Convenios de la OIT (como pueden ser el Convenio 29 y 105 sobre trabajo forzoso; el Convenio 87 sobre libertad sindical; el Convenio 100 sobre igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor; el Convenio 138 sobre edad mínima de acceso al trabajo,

³⁴ Accesible en: https://www.mites.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Atencion_ciudadano/Criterios_tecnicos/CT_69_2009.pdf

³⁵ GARCÍA TESTAL, E. Convenio de Estambul y Unión Europea. BRIEF AEDTSS, 2023, <https://www.aedtss.com/convenio-de-estambul-y-union-europea/>

³⁶ Instrumento de adhesión al Convenio sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, hecho en Ginebra el 21 de junio de 2019 (BOE 16-6-2022).

³⁷ https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C190

³⁸ https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R206

³⁹ MORENO SOLANA; A. “El impacto de la normativa internacional y europea en la regulación actual y futura del acoso, en especial, el ciberacoso o acoso digital”, en MERCADER UGUINA, J. R.; DE LA PUEBLA PINILLA, A. “Cambio tecnológico y transformación de las fuentes laborales. Ley y convenio colectivo ante la disrupción digital”. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022, p. 277.

o el Convenio 155 sobre seguridad y salud de los trabajadores) que marcan el rumbo de las relaciones laborales de cada tiempo o época.

Entre sus principales fortalezas está la completa definición general donde incluye la violencia y el acoso en el entorno laboral⁴⁰. En ese ánimo de completitud, el Convenio se aplica a las situaciones que se producen durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado del mismo, incluyendo todos los espacios donde el trabajador puede encontrarse, eso sí, dentro de la esfera laboral: lugares de descansos, de comida, de aseo, vestuarios, en los desplazamientos que se realizan como consecuencia del trabajo, en el alojamiento proporcionado por el empleador, en los trayectos entre el domicilio y el lugar de trabajo, y a través de las comunicaciones relacionadas con el trabajo, incluidas las realizadas a través de las nuevas tecnologías (acoso virtual o ciberacoso).

Por otro lado, también se recoge una definición concreta de violencia y acoso por razón de género, que incluye el acoso sexual sin que sea necesaria la reiteración y de la intencionalidad. El art. 4.2 del Convenio 190 insta a los Miembros a que adopten “un enfoque inclusivo, integrado y que tenga en cuenta las consideraciones de género” con el fin de prevenir y eliminar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo. Y así, aunque la violencia y el acoso por razón de género generalmente la sufren las mujeres, puesto que no se indica que se trata de violencia y acoso por razón de género contra la mujer y la definición que se contiene en el Convenio está redactada de forma neutra, la víctima también podrá ser un hombre⁴¹.

Ahora bien, aunque el art. 46 LOIEMH establece la obligación para las empresas de incluir en el diagnóstico de los planes de igualdad las cuestiones relativas a la prevención del acoso sexual y el acoso por razón de sexo y el art. 12 LO 10/2022 insta a la realización de procedimientos para la detección, prevención y reparación de conductas que atenten contra la libertad sexual, la cuestión que tenemos que plantearnos es si la ratificación del Convenio 190 OIT extiende esta obligación negocial a la adopción de protocolos específicos para la prevención contra cualquier tipo de violencia en el trabajo, incluyendo una declaración de tolerancia cero con estas actitudes, pero también la creación de procedimientos para la canalización de denuncias. A nuestro juicio, las empresas deben “promover condiciones de trabajo que eviten la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo, incidiendo especialmente en el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, incluidos los cometidos en el ámbito digital” (art. 48 LOIEMH), insistiendo en la necesidad de que los protocolos integren una prevención primaria con una evaluación de riesgos psicosociales para seguidamente incorporar la realización de una serie de actuaciones de concienciación y sensibilización, así como de formación e información frente a las conductas de acoso.

Igualmente es necesario diseñar un procedimiento ágil de resolución si la situación de acoso se ha producido, generalmente mediante dos vías: en primer lugar, el de-

⁴⁰ MOLINA NAVARRETE, C., *El ciberacoso en el trabajo. Cómo identificarlo, prevenirlo y erradicarlo en las empresas*, Madrid: Wolters Kluwer, 2019, p. 418.

⁴¹ MORENO MÁRQUEZ, A. “El convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso en el trabajo y sus implicaciones en el ordenamiento laboral español”, *Temas laborales*, vol. 166, 2023, p. 101.

nominado procedimiento informal, de corta duración, donde interviene un mediador, que es una persona de la empresa con formación para la resolución de problemas de este tipo; y, en segundo lugar, el procedimiento formal, más pautado y con un proceso de instrucción más procedimentalizado. Tanto en uno como en otro caso, se han de incorporar mecanismos ágiles para la apertura de expedientes de investigación sobre la conducta de acoso, en los que prime la transparencia y confidencialidad. Además, es necesario incorporar dentro de su ámbito material cualquier actos o conductas que se produzcan en el ámbito de la organización de la empresa, independientemente del lugar en el que estas conductas se produzcan, siempre que tengan el propósito o, sin tenerlo, produzcan el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se cree un ambiente intimidatorio, degradante u ofensivo. A este respecto, y teniendo en cuenta las particularidades de la discriminación y su habitual origen en conductas, actos u omisiones, personales y voluntarias, normalmente dolosas⁴², es necesario ampliar el ámbito de los protocolos para que se puedan canalizar en ellos cualquier tipo de conducta discriminatoria que pudiera atentar contra la dignidad de la persona.

Se aboga en este trabajo por la negociación de un protocolo de prevención frente a situaciones acoso (adoptado en un único documento). El mismo debiera contener todos los tipos de acoso, su definición, alcance y conductas que los identifican, y que estableciera una batería de medidas de prevención primaria, que implicaría la realización de una evaluación de riesgos psicosociales y el establecimiento de medidas preventivas y actuaciones de concienciación y sensibilización, formación e información frente a las conductas de acoso; seguidamente, habría de incorporar medidas de prevención secundaria o medidas de protección, que implicaría la identificación y detección de conductas, actuaciones y comportamientos en una empresa que pueda ocasionar o que favorezcan la aparición de situaciones de acoso y, finalmente, medidas de prevención terciaria para paliar, reponer y/o restituir a la víctima. Aquellas compañías que ya cuenten con su protocolo deben revisar su contenido para incluir en él medidas específicas de prevención de conductas de violencia sexual, de conductas contra la integridad moral y las cometidas en el ámbito digital si estas no hubieran sido incorporadas en el protocolo en vigor⁴³.

De la práctica comercial precedente podemos insistir en que tan importante es la existencia de estos protocolos como su implementación pues se ha de evitar en todo momento la revictimización de la persona acosada. De igual modo, la empresa debiera garantizar el derecho a invocar el protocolo con garantías de no conllevar tal acción ningún tipo de represalia o trato desfavorable por incoar una denuncia.

Con el objetivo de reforzar la transparencia de este tipo de actuaciones, el art. 12 RD 901/2020 permite “el depósito voluntario las medidas, acordadas o no, que sean adoptadas conforme a los artículos 45.1 y 48 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de mar-

⁴² GONZÁLEZ DEL REY, I. “Garantías judiciales y administrativas de la igualdad de trato y la no discriminación en el trabajo en la Ley 15/2022”, *Femeris*, Vol. 8, núm. 2, 2023, p. 16

⁴³ RODRÍGUEZ GARCÍA, S. “La garantía integral de la libertad sexual en las relaciones laborales”, *Revista Ministerio de Trabajo y Economía Social*, vol. 155. 2023, p. 155.

zo, para prevenir la discriminación entre mujeres y hombres, así como las medidas específicas para prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo”. Y aunque ciertamente, los protocolos anti-acoso se ponen en marcha una vez se ha producido la conducta con el fin de dar cauce a las denuncias y dar un tratamiento correcto al conflicto en el seno de la empresa tomando, en su caso, las medidas protectoras y sancionadoras oportunas y, por tanto, poseen un carácter eminentemente defensivo o reactivo, tienen también una función preventiva en cuanto que la adecuada protección y respaldo empresarial a la víctima funcionan como elemento de disuasión de futuras conductas⁴⁴. Sin embargo, no parece distinguirse demasiado bien en la redacción del art. 12 LO 10/2022 cuál sería, si la hubiera, la diferencia de los procedimientos señalados como obligatorios en el párrafo primero respecto a la prevención, habida cuenta las buenas prácticas y los protocolos de actuación redundarán en la evitación de los comportamientos denostados. Y tampoco se entiende la ausencia de deber de negociación en los protocolos anteriores y sí a la hora de, por ejemplo, difundir buenas prácticas⁴⁵.

5. La adopción de medidas negociadas destinadas a la promoción de la orientación y diversidad sexual

En el ámbito de la Organización de Naciones Unidas, se han adoptado diferentes documentos y recomendaciones que han contribuido a elevar los estándares internacionales de respeto y protección del derecho a la integridad y a la no discriminación de las personas LGTBI⁴⁶. En el ámbito comunitario, una encuesta de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA) constató que, en realidad, la discriminación en la UE por motivos de orientación sexual, identidad o expresión de género y características sexuales estaba aumentado: el 43% de las personas LGBT declararon haberse sentido discriminadas en 2019, frente al 37 % en 2012, y en el ámbito laboral, las personas LGBTIQ siguen sufriendo discriminación en el proceso de contratación, en el lugar de

⁴⁴ ALTÉS TÁRREGA, J. A.; ARADILLA MARQUÉS, M. J. “Teletrabajo, violencia y acoso y Convenio 190 OIT”, *Temas laborales*, vol. 166, 2023, p. 78.

⁴⁵ Muy críticas, en tesis que compartimos con la redacción legal. ÁLVAREZ CUESTA, H. “La protección laboral y social de las víctimas de violencias sexuales en la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual”, op. cit. p. 17; RODRÍGUEZ GARCÍA, S. “La garantía integral de la libertad sexual en las relaciones laborales”, op. Cit. p. 156

⁴⁶ A este respecto, pueden mencionarse varias resoluciones del Consejo de Derechos Humanos, como la Resolución adoptada el 17 de junio de 2011 (A/HRC/RES/17/19) “Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”; la Resolución adoptada el 26 de septiembre de 2014 (A/HRC/RES/27/32) “Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”; o la Resolución adoptada el 30 de junio de 2016 (A/HRC/RES/32/2) “Protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género”. También el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos se ha pronunciado en repetidas ocasiones sobre la cuestión de la discriminación y la violencia que sufre este colectivo, como en su informe A/HRC/29/23, de 4 de mayo de 2015, y ha establecido una serie de recomendaciones para la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI que han inspirado a muchos Estados en sus respectivas políticas y legislaciones

trabajo y al final de la carrera profesional, al contrario de lo que establece la legislación de la UE al respecto⁴⁷.

A la luz de estos datos, el art. 14.3 de la recién aprobada Ley 4/2023, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, insta a las Administraciones Públicas a “impulsar, a través de los agentes sociales, así como mediante la negociación colectiva, la inclusión en los convenios colectivos de cláusulas de promoción de la diversidad en materia de orientación sexual, identidad sexual, expresión de género y características sexuales y de la diversidad familiar y de prevención, eliminación y corrección de toda forma de discriminación de las personas LGTBI, así como de procedimientos para dar cauce a las denuncias”. En este ánimo promocional, el vigente AENC incorpora por primera vez un capítulo destinado a la “Diversidad. LGTBI” en él que las organizaciones empresariales y sindicales advierten de “la necesidad de fomentar la diversidad de las plantillas, aprovechando el potencial humano, social y económico que supone esta diversidad” al tiempo que mandata a los negociadores sociales a que incorporen en los convenios medidas para conseguir:

- a) Promover plantillas heterogéneas; b) crear espacios de trabajo inclusivos y seguros; c) favorecer la integración y la no discriminación al colectivo LGTBI en los centros de trabajo a través de medidas específicas, de conformidad con lo previsto en el artículo 15.1 de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI y d) asegurar que los protocolos de acoso y violencia en el trabajo contemplen la protección de las personas LGTBI en el ámbito laboral. Con esta decisión, nuevamente se deriva la responsabilidad a los agentes sociales y a la negociación colectiva para que incluyan cláusulas de promoción de la diversidad en materia de orientación sexual, identidad sexual, expresión de género y características sexuales y de la diversidad familiar, así como medidas que avancen en la prevención, eliminación y corrección de toda forma de discriminación de las personas LGTBI al tiempo que se remite a la autonomía colectiva la fijación de procedimientos para dar cauce a las denuncias. Hasta la fecha, son escasos los convenios que realizan propuestas novedosas o incorporan buenas prácticas capaces de servir como ejemplo, más allá de la consabida referencia a la prohibición de discriminar por tales motivos.

Finalmente, se ha de tener en cuenta que el art. 15.1 de la Ley 4/2023, de 28 de febrero para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, impone una nueva obligación a las empresas de más de cincuenta personas trabajadoras que deberán contar, en el plazo de doce meses a partir de la entrada en vigor de la ley, es decir, antes del 2 de marzo de 2024, con un conjunto

⁴⁷ COM(2020) 698 final. Unión de la Igualdad: Estrategia para la Igualdad de las Personas LGBTIQ 2020-2025.

planificado de medidas y recursos para alcanzar la igualdad real y efectiva de las personas LGTBI, que incluya un protocolo de actuación para la atención del acoso o la violencia contra las personas LGTBI.

El nuevo marco regulatorio, pendiente de desarrollo reglamentario, supone una revisión de nuestro modelo de negociación colectiva, toda vez que dice el texto legal que estas medidas serán “pactadas a través de la negociación colectiva y acordadas con la representación legal de las personas trabajadoras”, lo que lleva plantearse si esta nueva obligación exige a las empresas alcanzar necesariamente un acuerdo con la representación legal, debiendo resolver qué ocurre ante un bloqueo negocial en la adopción de estas medidas. Evidentemente, el mejor escenario es que el conjunto de medidas sea acordado, pues, de no ser así, los mismos suelen formar parte de los códigos éticos de las empresas, y siendo así, éstas suelen auto atribuirse la instrucción y la resolución del presunto acoso⁴⁸ lo que debilita su eficacia, ante un bloqueo negocial, las partes habrían de poder someter la discrepancia a los sistemas autónomos de resolución de conflictos, como expresamente contempla el art. 5.6 RD 901/2020 para los planes de igualdad, pero debiera admitirse reglamentariamente que, ante la ausencia del acuerdo, este conjunto de medidas pueda adoptarse unilateralmente.

En todo caso, el objetivo general de estos protocolos pasaría por definir el marco de actuación en relación con los casos de acoso por razón de orientación sexual, de identidad de género y de expresión de género, promoviendo la paralización cautelar del acto o sus consecuencias, su investigación y la ejecución, si procede, de actuaciones reactivas: formativas, mediadoras, reparadoras, sancionadoras, etc., y garantizando que los hechos no vuelvan a repetirse.

En suma, el deber por parte de las empresas cristaliza en dos grandes obligaciones de gestión integral: de un lado, en su dimensión preventiva (evaluación y formación) y, de otro lado, desde una perspectiva promocional (sensibilización) de la violencia como riesgo profesional⁴⁹ en línea con lo dispuesto con el artículo 9 del Convenio 190 OIT, que ordena a los Estados miembros adoptar leyes que obliguen a las empresas a implantar todas las medidas necesarias para prevenir el acoso y la violencia en los lugares de trabajo, también por razón de orientación sexual.

6. A modo de conclusión

Al margen de la mayor o menor congruencia y acierto en la técnica legislativa utilizada, el hecho de que varias normas de diverso alcance, a saber (Ley 4/2023, LO 10/2022 y Ley 15/2022) contemplen una llamada a la negociación colectiva obliga a a reconsiderar la técnica jurídica para su delimitación y, lo que es más importante, cuáles son los

⁴⁸ MORALES ORTEGA, J. M. “Medidas empresariales de diversidad e inclusión para el colectivo LGTBI: Un análisis jurídico laboral”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, vol. extra número 1, 2022, p. 247.

⁴⁹ Crítica con la escasa atención convencional a los riesgos psicosociales, ARBONÉS LAPENA. H. *Violencia en el trabajo: el acoso sexual*. Albacete: Bomarzo, 2019, p. 60.

diversos espacios que cada uno de los productos que surgen de la autonomía colectiva, con eficacia personal general y normativa, están asumiendo para la consecución de la igualdad en la empresa.

La gestión de la diversidad se erige en un nuevo contenido negocial y el objetivo de este artículo se ha centrado en analizar cuál es el alcance de este deber y los primeros problemas aplicativos. A este respecto, es evidente que se establece una genuina relación de complementariedad entre ley y convenio, y que, en el caso que aquí interesa, llega a modular de manera vigorosa la libertad negocial de los sujetos colectivos para intervenir en la obligatoria previsión de ciertos contenidos. Expresión que se compadece fielmente con el alto valor jurídico y la consideración como cuestión de orden público que expresa la igualdad por razón de género, que en el mundo del trabajo se actualiza también mediante la negociación colectiva, capaz de comprometer o promover y asegurar la igualdad de condiciones de trabajo entre mujeres y hombres⁵⁰.

Al tiempo, es necesario conocer el desarrollo reglamentario previsto en la Ley 4/2023 para saber el alcance de las obligaciones empresariales, teniendo en cuenta que, como hemos tratado de argumentar en este trabajo, los cimientos sobre los que se construyen los planes de igualdad regulados en la LOIEMH no atienden y, a mi juicio, no debieran ampliar su ámbito hasta convertirse en planes de gestión de la diversidad lo que no significa –o no debiera significar– que las personas trans queden excluidas de una atención específica que se materializará, en su caso, en la elaboración de un diagnóstico de situación, que está en la base de toda batería de medidas antidiscriminatorias.

Aunque la doctrina había planteado que “lo deseable hubiese sido que en las recientes reformas de la normativa de planes de igualdad se hubiese ampliado su campo de actuación incluyendo o, cuando menos, sugiriendo la posibilidad de incluir a otros colectivos de modo que se respondiese a nuevas –o no tan nuevas– realidades; y que requieren de medidas de neutralización de su discriminación”⁵¹, a nuestro juicio, esta decisión estaría desnaturalizando la esencia de los planes de igualdad, máxime cuando todavía no se ha alcanzado la igualdad real entre mujeres y hombres. Por tanto, creemos que es necesario diferenciar dos obligaciones negociales: una, la tendente a garantizar la existencia de buenos planes de igualdad entre hombres y mujeres en todas las empresas obligadas y ello no debería ser un obstáculo para afrontar esos otros factores discriminatorios; algunos de los cuales, desde un punto de vista cualitativo, presentan iguales o mayores problemas laborales y que requieren obligaciones negociales que tengan en cuenta estas singulares circunstancias.

En suma, el mejor escenario es que estos instrumentos alcancen el consenso con los representantes de las personas trabajadoras a partir de un previo diagnóstico conjunto

⁵⁰ VALDEOLIVAS GARCÍA, Y. “El papel reforzado de la negociación colectiva en el incesante y acelerado proceso de la igualdad de género en el trabajo. AAVV. “*Medidas de igualdad por razón de género en la negociación colectiva: XXXIV Jornada de estudio sobre negociación colectiva*”. Madrid: Ministerio de Trabajo y Economía Social, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, 2022”, cit. p. 25

⁵¹ MORALES ORTEGA, J. M. La presencia del colectivo LGTBI+ en la negociación colectiva. AAVV. “*Realidad social y discriminación: Estudios sobre diversidad e inclusión laboral*”. Murcia: Laborum, 2022, p. 102.

sobre dónde se encuentran los frenos a la plena igualdad al tiempo que se deben establecer medidas concretas de actuación específicas para cada caso en función del diagnóstico realizado, con determinación de su plazo de ejecución y su priorización. Tan importante es esta diagnosis como los medios y recursos necesarios para su implantación, instando al desarrollo de sistemas de evaluación de los resultados logrados y, en el caso de se observen desviaciones entre los objetivos programados y resultados conseguidos, se habrán de adoptar medidas correctoras.

7. Bibliografía citada

- ARBONÉS LAPENA. H. *Violencia en el trabajo: el acoso sexual*. Albacete: Bomarzo, 2019.
- ALTÉS TÁRREGA, J. A.; ARADILLA MARQUÉS, M. J. “Teletrabajo, violencia y acoso y Convenio 190 OIT”, *Temas laborales*, vol. 166, 2023, p. 78.
- ÁLVAREZ CUESTA, H. “La protección laboral y social de las víctimas de violencias sexuales en la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual”, *Temas laborales*, vol. 166, 2023.
- CASAS BAAMONDE, M. E. “Legislación excepcional de urgencia e igualdad de género en el empleo y la ocupación. La constitucionalidad del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, Vol. 5, 2023.
- GOERLICH PESET, J. M.; ¿Qué ha pasado con los derechos laborales de las víctimas de la violencia sexual? <https://www.elforodelabos.es/2023/03/que-ha-pasado-con-los-derechos-laborales-de-las-victimas-de-violencia-sexual/>
- GONZÁLEZ DEL REY, I. “Garantías judiciales y administrativas de la igualdad de trato y la no discriminación en el trabajo en la Ley 15/2022”, *Femeris*, Vol. 8, núm. 2, 2023.
- MOLINA NAVARRETE, C., *El ciberacoso en el trabajo. Cómo identificarlo, prevenirlo y erradicarlo en las empresas*, Madrid: Wolters Kluwer, 2019.
- MORALES ORTEGA, J. M. “Medidas empresariales de diversidad e inclusión para el colectivo LGTBI: Un análisis jurídico laboral”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, vol. extra número 1, 2022.
- M. La presencia del colectivo LGTBI+ en la negociación colectiva. AAVV. “Realidad social y discriminación: Estudios sobre diversidad e inclusión laboral”. Murcia: Laborum, 2022,
- MORENO MÁRQUEZ, A. “El convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso en el trabajo y sus implicaciones en el ordenamiento laboral español”, *Temas laborales*, vol. 166, 2023,
- MORENO SOLANA; A. “El impacto de la normativa internacional y europea en la regulación actual y futura del acoso, en especial, el ciberacoso o acoso digital”, en

- MERCADER UGUINA, J. R.; DE LA PUEBLA PINILLA, A. “Cambio tecnológico y transformación de las fuentes laborales. Ley y convenio colectivo ante la disrupción digital”. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022, p. 277.
- NIETO ROJAS, P. “Cláusulas de empleo en la negociación colectiva sectorial: algunas tendencias”. *Revista de información laboral*, vol. 10, 2016.
- “Medidas y planes de igualdad en las empresas. Proceso de creación e implantación.”, en Mercader Uguina, J. R. (ed.) *Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, S. “La garantía integral de la libertad sexual en las relaciones laborales”, *Revista Ministerio de Trabajo y Economía Social*, vol. 155, 2023.
- SAEZ LARA, C. “Violencia sexual, mujer y trabajo”. *Revista Galega de Dereito Social - 2ª etapa: (RGDS)*, vol. 16, 2022,
- SÁNCHEZ-GIRÓN MARTÍNEZ, B. “El nuevo tratamiento de las medidas de acción positiva en la Ley 15/2022”, *Femeris*, vol. 8, núm. 2, 2023.
- VALDEOLIVAS GARCÍA, Y. “El papel reforzado de la negociación colectiva en el incesante y acelerado proceso de la igualdad de género en el trabajo. AAVV. “*Medidas de igualdad por razón de género en la negociación colectiva: XXXIV Jornada de estudio sobre negociación colectiva*”. Madrid: Ministerio de Trabajo y Economía Social, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, 2022

Nuevas reglas de contratación en los sistemas universitario y de investigación

New hiring rules in the university and research systems

Pablo Gimeno Díaz de Atauri*

Universidad Carlos III de Madrid

ORCID ID: 0000-0002-3484-3968

doi: 10.20318/labos.2023.7935

Resumen: La Ley Orgánica del Sistema de Universidades (LOSU) y la reforma de la Ley de Ciencia han establecido un marco normativo que busca alterar de forma sustancial la política de contratación de las universidades públicas y los centros públicos de investigación. En este trabajo se analizan, partiendo de la situación actual del Personal Docente e Investigador, las distintas figuras reguladas, en términos comparativos con las preexistentes, y en la lógica del diseño de una nueva carrera investigadora. La indefinición de muchos de los aspectos, la ausencia de consecuencias claras por el incumplimiento de las obligaciones de estabilidad impuesta, y la dependencia de las eventuales mejoras presupuestarias en la financiación universitaria, arrojan algunas dudas importantes sobre la eficacia de estas reformas en la estabilidad en el empleo en los ámbitos de la investigación pública.

Palabras clave: Precariedad, estabilidad, Profesor Permanente Laboral, acreditación, reforma universitaria, PDI, contratos de la Ley de Ciencia, LOSU.

Abstract: The Organic Law of the University System (LOSU) and the reform of the Science Law have established a regulatory framework that seeks to substantially alter the hiring policy of public universities and public research centers in Spain. This paper analyzes, starting from the current situation of the universities' staff, the different regulated figures, in comparative terms with the pre-existing ones, and in the logic of the design of a new research career. The lack of definition of many of the aspects, the absence of clear consequences for non-compliance with the stability obligations imposed, and the dependence on eventual budgetary improvements in university funding, cast some important doubts on the effectiveness of these reforms in the stability of employment in the areas of public research.

Keywords: Precariousness, stability, Permanent Employed Professor, accreditation, university reform, science law contracts, LOSU.

*pablo.gimeno@uc3m.es

1. La evolución del personal docente e investigador: funcionarización y estabilidad en el empleo

La Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario (LOSU) sustituye a la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (LOU) e introduce importantes cambios en el modelo de educación superior, incluyendo, lógicamente, el elemento personal. Meses antes, el RD-L 8/2022, de 5 de abril, y la posterior Ley 17/2022, de 5 de septiembre afectaron a la regulación de la contratación en la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (en adelante, Ley de Ciencia).

Siguiendo la senda de “ocurrencia, experimento e inercia”¹ estas reformas navegan entre el deseo de diseñar una carrera investigadora de calidad pero predecible y la realidad de una enorme cantidad de personas que, tras años de crisis económicas e insuficiente inversión, se encuentran en una situación a la que el sistema necesita dar respuesta, no sólo por la vocación estabilizadora que declara, sino también por garantizar la continuidad y renovación de equipos investigadores y docentes.

La Estadística de Personal de Universidades, publicada por el Ministerio de Universidades, muestra algunos datos que son de interés para entender correctamente las reformas que se han producido y contextualizar su impacto real.

De conformidad con los últimos datos publicados, los correspondientes al curso académico 2021-2022, el conjunto de personal docente e investigador del sistema Universitario español es de 133 484 personas, incluyendo tanto centros propios como adscritos; de ese colectivo 110 194 corresponden a la Universidad Pública. Desde el año 2004, eso supone un crecimiento total del 35,2 %, aunque si sólo se atiende a la universidad pública el incremento es algo menor, del 22 %.

Al mismo tiempo, puede constatarse un lento pero continuo cambio de modelo, desde una amplia mayoría de personal funcional –un 57,8% en el curso 2004-2005– hasta el 37,7% actual; dicho de otro modo, más de tres quintas partes del profesorado de la universidad pública no es funcionario sino laboral, con el consecuente envejecimiento que ello supone². En términos de estabilidad, es decir, incluyendo al profesorado laboral indefinido, se ha pasado en estos dieciocho años para los que disponemos de datos de una tasa de temporalidad del 39,6% al 48%.

Centrando la atención en los centros propios de las universidades públicas, donde disponemos de información con mayor grado de desagregación, los resultados muestran una similar tendencia a la desfuncionarización y a la pérdida de peso del personal estable. Desde el curso 2004-2005 el profesorado con relación funcional ha caído en 10 694

¹ Expresión que tomo, haciendo mía, de CHAVES GARCÍA, José Ramón, *Personal docente e investigador de las universidades públicas*. En: Ricardo Rivero ORTEGA (ed.), *La reforma universitaria de 2023: comentarios a la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema universitario* Aranzadi. 2023. pp. 186-200, p. 186.

² MONEREO PÉREZ, José Luis y LÓPEZ INSUA, Belén del Mar, *El encadenamiento de contratos temporales y los procesos de “promoción interna” en las Universidades Públicas: ¿precariedad? ¿abuso? o ¿legalidad? Un debate abierto en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*. La Ley Unión Europea Wolters Kluwer. 2023. no. 111, pp. 3, p. 4.2.e.

personas, lo que prácticamente se compensa por el incremento de 10 500 personas con vínculo laboral en relación indefinida, bajo la denominación de Profesorado Contratado Doctor (PCD), creada por la ahora derogada LOU. Frente a ello, se ha producido un muy destacado aumento del personal contratado con carácter temporal; conforme a los últimos datos, son un 39,6% más las personas en esta situación, lo que supone 14 525 profesores y profesoras. El resultado es una práctica equiparación, incluso en los centros propios de las universidades públicas, del personal docente e investigador estable y el temporal.

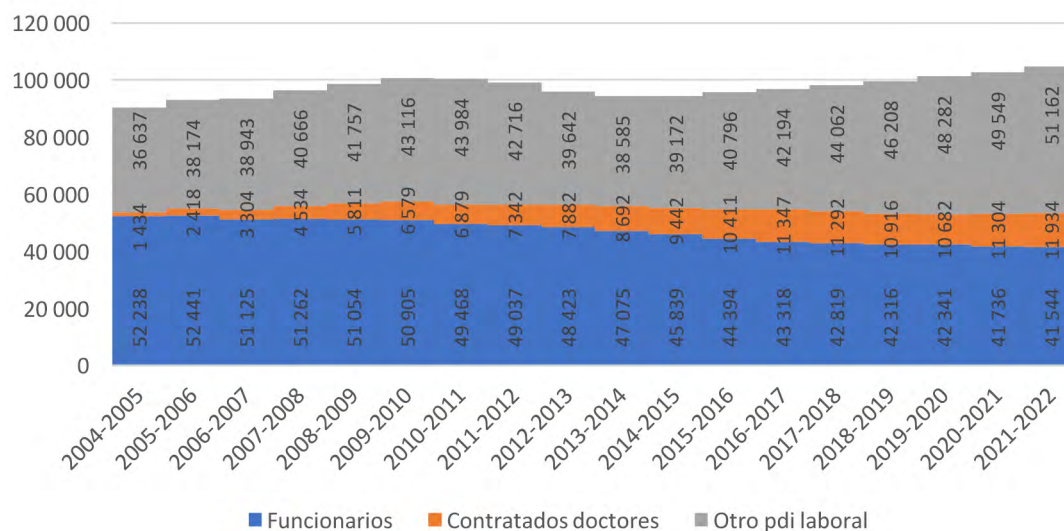


Gráfico 1. Evolución del PDI en los centros propios de universidades públicas españolas.

Fuente de los datos: Estadística de Personal de Universidades. Ministerio de Universidades.

En este sentido, cabe destacar que la LOU, en su exposición de motivos, se refería a una “carrera académica equilibrada y coherente” con “la máxima flexibilidad para que las universidades puedan desarrollar su política de profesorado”, permitiendo, formalmente hasta un 49 por ciento de profesorado contratado. La apuesta, se decía, era por criterios de calidad para la contratación estable. Así, la redacción primigenia del art. 48 LOU se limitaba a indicar que “el número total del personal docente e investigador contratado no podrá superar el cuarenta y nueve por ciento del total del personal docente e investigador de la Universidad”; posteriormente la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, además de sustituir el sistema de habilitación por el de acreditación para las figuras funcionariales, estableció un tope de temporalidad del 40% de la plantilla docente. Finalmente, cuatro años después la Ley de Ciencia, manteniendo estos topes reformuló la redacción tomando en cuenta para la tasa de funcionariado el personal equivalente a tiempo completo, compensando así el elevado peso del profesorado asociado.

En el curso 2011/2012, únicamente un 13% de las universidades públicas existentes (seis de cuarenta y ocho) no alcanzaban el umbral mínimo de funcionarios computado en equivalencias a tiempo completo, y un 4,2% (sólo dos universidades) no alcanzaban el 60% de estabilidad. Sin embargo, en números absolutos más de la mitad no cumplían con dichos umbrales.

Una década después, en el último curso académico de plena vigencia de la LOU, el grado de cumplimiento ha caído de forma evidente; son ya un 30,6% las universidades que no alcanzan el mínimo de funcionarios en equivalencia a tiempo completo (13 de 49) y un 67,3% no respetan el límite de temporalidad, medido en este caso en términos absolutos.

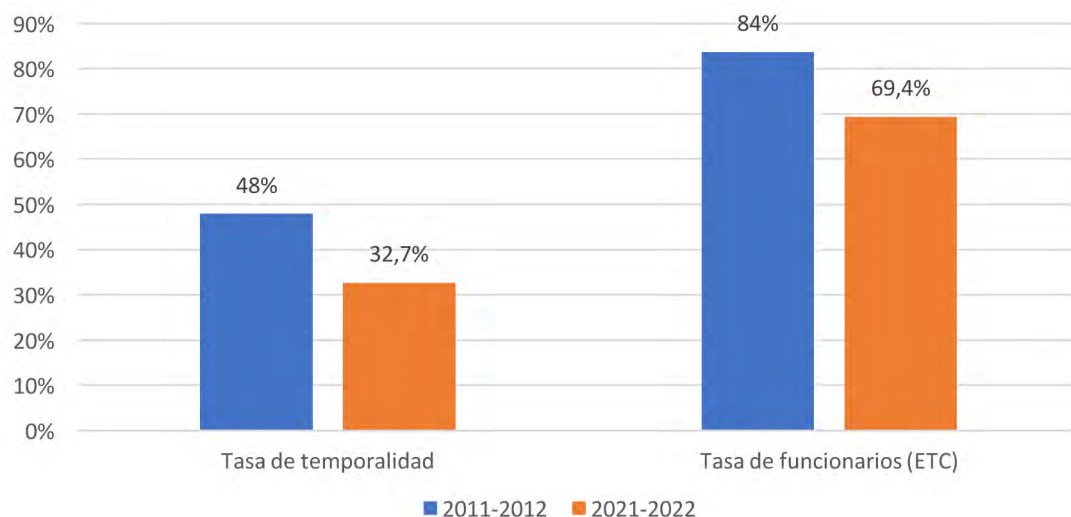


Gráfico 2. **Porcentaje de las universidades públicas españolas que cumplen los requisitos de la LOU. Comparación entre los cursos 2011-2012 y 2021-2022.**

Fuente de los datos: *Estadística de Personal de Universidades. Ministerio de Universidades.*

Lógicamente, este retroceso en el cumplimiento de la ley no se debe única –ni principalmente– a las decisiones adoptadas por las universidades, sino a un contexto presupuestario restrictivo, en el que toda convocatoria para plazas de personal estable –ya sea funcionario o laboral indefinido– se encuentra limitada por muy exiguas tasas de reposición de efectivos, que en varios ejercicios fueron fijadas en el cero por ciento³.

En este contexto, la Ley 17/2022, de 5 de septiembre, por la que se modifica la Ley de Ciencia, primero, y la LOSU, después, tratan de plantear un nuevo modelo de carrera investigadora o docente e investigadora, respectivamente.

La primera de ellas, parte de una base sustancialmente distinta: frente a la pretendida apuesta por la competitividad y la calidad, se considera como objetivo el diseño de un “itinerario postdoctoral que conduzca a la incorporación estable de investigadores e investigadoras al sistema y su desarrollo profesional posterior, y en segundo lugar, la introducción de una nueva modalidad contractual laboral indefinida vinculada al desarrollo de actividades científico-técnicas para todo tipo de personal de investigación en el marco de líneas de investigación definidas”. Se trata así de reequilibrar la necesaria

³ Sobre la aplicación a las universidades en este periodo, y los problemas de aplicación de dicha tasa al ámbito del PDI universitario, resulta de interés AMOEDO-SOUTO, Carlos-Alberto y NOGUEIRA LÓPEZ, Alba, *Regateando hacia la excelencia. Tasa de reposición de efectivos y universidades públicas. Revista española de derecho administrativo* Editorial Civitas. 2013. no. 157, pp. 249-278

apuesta por la excelencia investigadora con la estabilidad y desarrollo profesional de las personas que desarrollan su carrera en ese ámbito. Se ha señalado, de hecho, que esta reforma más que un cambio de paradigma es una adaptación a los tiempos, como consecuencia de la necesidad de actualizar el marco normativo y seguir la línea marcada por la reforma laboral de diciembre de 2021⁴.

Más explícita es aún la LOSU cuando define en su exposición de motivos “como uno de sus objetivos prioritarios la eliminación de la precariedad en el empleo universitario y la implantación de una carrera académica estable y predecible”.

Así, se mantiene la lógica de mayoría funcional en el conjunto del PDI y se reduce la proporción de contratos temporales que se considera admisible hasta un 8%, si bien con un cambio en la forma de cómputo: se excluyen del mismo los ayudantes doctores. Este salto se pretende lograr por una parte, a través de la estabilización del profesor asociado; por otra, por medio de la reducción en el tiempo de lo que la propia LOSU denomina “etapa de incorporación”; y en tercer y último lugar, mediante la restricción del uso de determinadas figuras que, en determinadas ocasiones, se han utilizado de forma desviada.

No obstante, como también ocurría en el caso del art. 48 LOU, el nuevo art. 64 LOSU carece de sanciones o consecuencias específicas: ni por medio de la garantía de las tasas frente a restricciones a la tasa de reposición, ni a través de mecanismos sancionadores ni como base para acciones jurisdiccionales individuales... todo se fía, al plan incremento del gasto público en educación previsto en el art. 155.2 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo (con un horizonte teórico hasta 2030), que carece así mismo de mecanismos coercitivos para hacerlo exigible.

2. La nueva regulación del personal docente e investigador laboral

2.1. La fase predoctoral de la carrera investigadora

El acceso a la carrera investigadora, como es sabido, se produce por la elaboración de la tesis doctoral. En el sistema precedente se establecían dos posibles vías, no excluyentes, para llevar a cabo esta fase formativa: el contrato predoctoral del art. 23 de la Ley de Ciencia –desarrollado por el Real Decreto 103/2019, de 1 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto del personal investigador predoctoral en formación (EPIF)– y el contrato de Profesor Ayudante del art. 49 LOU. Este último que podía tener una duración de entre uno y cinco años podía eventualmente suceder o (menos frecuentemente, dados los requisitos habituales de las convocatorias, que a menudo limitaban el tiempo transcurrido desde la finalización de los estudios de grado o licenciatura) anteceder al contrato PIF, lo que permitía, de hecho, prolongar esta fase formativa hasta nueve años. Esta anomalía

⁴ BALLESTER LAGUNA, Fernando, *Los contratos laborales de la Ley de la ciencia y su adecuación a los requerimientos de la reforma laboral de diciembre de 2021*. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF 2023. pp. 21-57, p. 24.

desaparece con la supresión de las Ayudantías: la única vía de acceso es ya el contrato predoctoral de la ley de Ciencia.

Se trata de un contrato formativo, que tiene por objeto la adquisición de competencias investigadoras, y se busca evitar que esta fase se prolongue excesivamente: salvo en el caso de personas con discapacidad, en que se permite una duración de seis años, el grado de doctor debe obtenerse necesariamente en cuatro años. Para reforzar esta naturaleza se introduce una evaluación anual de la actividad desarrollada, que puede desembocar incluso en la extinción del contrato.

Este objeto se ve parcialmente matizado con la inclusión en el objeto del contrato de la orientación postdoctoral, con un máximo de doce meses. Con ello, la superación de la evaluación de la defensa de la memoria de los estudios de doctorado deja de operar como condición resolutoria del contrato, lo que podía constituir un incentivo perverso a la postergación de la finalización de los estudios, ante el riesgo de pérdida de la retribución.

Como principal medida tuitiva se introduce la indemnización por finalización de contrato equivalente a la prevista para los contratos temporales en el Estatuto de los Trabajadores, es decir, doce días de salario por año de servicio. Esta indemnización no deja de sorprender desde una doble lógica: por una parte, es inevitable la comparación con los contratos formativos, excluidos en el art. 49.1.c ET del abono de esta indemnización; por otra, en un modelo de carrera científica, la expectativa habitual será la contratación posterior del doctor o doctora mediante otra figura, por lo que resulta extraño imponer la indemnización incluso en supuestos de contratación sin solución de continuidad. Además, la indemnización a la que se equipara nació, en su momento, con un ánimo disuasorio de la temporalidad, mientras que en el ámbito académico no parece razonable que haya que disuadir a los centros de investigación de la formación de nuevos doctores y nuevas doctoras.

2.2. Acceso de los doctores a los sistemas de investigación y universitario

Adquirido el grado de doctor o doctora, son dos las vías posibles para el acceso a la carrera investigadora: la estrictamente vinculada al sistema de ciencia, y la orientada al ámbito universitario.

Así, el art. 22 Ley de Ciencia regula el “Contrato de acceso de personal investigador doctor” (antes Contrato de acceso al Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación) en el que se pretende dar continuidad a la carrera investigadora de la persona doctorada. El objeto es la “obtención por el personal investigador de un elevado nivel de perfeccionamiento y especialización profesional, que conduzcan a la consolidación de su experiencia profesional”, con una duración de entre tres –hasta la reforma podían ser de un solo año– y seis años (ocho en caso de personas con discapacidad), lo que supone una ampliación frente a los cinco precedentes. Debe hacerse notar que, dado que es posible celebrar contratos de acceso con distintos empleadores con el tiempo máximo total indicado, la duración mínima de tres años puede resultar distorsionadora: en caso de que la

persona investigadora haya consumido cuatro años con un empleador, no será posible una nueva contratación⁵.

Este contrato se hace explícitamente compatible con la docencia, con un tope de 100 horas anuales, elevándolo así en un 25% (en la redacción original de la Ley 14/2011 era de 80 horas), muy inferior, en todo caso al tope previsto en la LOSU para la figura de Ayudante Doctor o Doctora.

Uno de los elementos reseñables de los cambios normativos en la materia es la idea de evaluación orientada a la promoción futura, en una concepción de la carrera investigadora que compatibilice las ideas de selección de personas de alto nivel con la necesidad de estas de estabilizarse profesionalmente.

En este sentido, el apartado segundo establece que este personal “podrá optar a partir de la finalización del segundo año de contrato a una evaluación de la actividad investigadora desarrollada” a cargo de la Agencia Estatal de Investigación (AEI) o el Instituto Carlos III (para organismos de investigación estatales) o por las agencias autonómicas o la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA) en el caso de universidades.

El apartado tercero del mismo artículo se refiere a otra evaluación, en este caso necesariamente a cargo de la AEI, que da lugar al reconocimiento de la certificación como “investigador/a establecido/a”, o simplemente R3. En este punto la norma es ambigua al permitir, pero no exigir, que la evaluación anterior sea suficiente para esta certificación, siempre que “de acuerdo con el criterio técnico de la AEI, quede garantizada la calidad y la homogeneidad de criterios de dichas evaluaciones”. Con ello el legislador parece querer dar una vía de escape a agencias autonómicas excesivamente laxas en la concesión, pero genera una notable inseguridad jurídica, al menos hasta que la AEI establezca con claridad qué criterios de calidad son exigibles y homologables.

En todo caso, la importancia de este certificado R3 no es menor: el art. 22 bis obliga a que se reconozca en los procesos selectivos de personal de nuevo ingreso estable en universidades y organismos públicos de investigación (OPI) y otras entidades. En concreto, se permite el acceso a las escalas de científico titular y personal laboral fijo en OPI, de profesorado titular y contratado doctor (referencia que hoy debe entenderse hecha a Permanente Laboral) en Universidades y categorías equivalentes en otras entidades; debe señalarse que ello no excluye, en su caso, de la necesidad de acreditación para estas figuras, si bien en el proyecto de Real Decreto por el que se regula la acreditación estatal para el acceso a los cuerpos docentes universitarios y el régimen de los concursos de acceso a dichos cuerpos⁶ se indica que implica el reconocimiento “de forma automática los méritos de investigación

⁵ BALLESTER LAGUNA, Fernando, *Los contratos laborales de la Ley de la ciencia y su adecuación a los requerimientos de la reforma laboral de diciembre de 2021*. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF 2023. pp. 21-57, p. 39.

⁶ El Real Decreto fue aprobado en el Consejo de Ministros de 18 de julio de 2023. Sin embargo, a fecha de cierre de este artículo su texto definitivo no ha sido publicado en el BOE. Se usa como referencia el texto sometido a trámite de audiencia pública por el Ministerio de Universidades, por lo que la versión final podría ser diferente.

y transferencia del conocimiento necesarios para la acreditación a Profesor o Profesora Titular de Universidad”, con lo que sólo habrían de justificarse los méritos docentes.

En el ámbito universitario, la LOSU da una nueva regulación al antiguo contrato de Profesor Ayudante Doctor –ahora Profesoras y Profesores Ayudantes Doctoras/es– (PAD) eliminando el requisito de la acreditación. Este elemento, unido a la eliminación del carácter extintivo de la obtención del grado de doctor en el contrato predoctoral, elimina una importante disfunción; desaparecida la Ayudantía (que no requería el título de doctor), la transición entre ambas figuras habría requerido de un tiempo de “vacío” hasta que se superaran los trámites correspondientes.

Al margen de añadirse a sus funciones tradicionales (docencia –limitada a 180 horas anuales– e investigación) tanto la transferencia como participación en el gobierno de las universidades, se establece la necesidad de realizar “un curso de formación docente inicial”, supliendo así una laguna evidente del anterior sistema, en la que se exigía formación en investigación –el doctorado– pero no en docencia.

En cuanto a la duración, se incrementa de forma notable la estabilidad: frente a la duración de entre uno y cinco años (con la posibilidad de prórrogas o renovaciones hasta este límite) de la derogada LOU, la LOSU prevé una única duración posible de seis años (hasta ocho en caso de discapacidad y en todo caso ampliable por suspensiones y reducciones de jornada). No obstante, implícitamente se admiten duraciones inferiores en caso de que la carrera se desarrolle en diferentes universidades, pues se dispone que “ninguna persona podrá ser contratada mediante esta modalidad, en la misma o distinta universidad, por un tiempo superior a seis años”. De esta forma, parece claro que, si una persona es contratada como PAD y no finaliza los seis años, podrá ser contratada por el tiempo que le reste hasta alcanzar dicha duración.

En esta figura se subraya la finalidad formativa o transitoria hacia la estabilización: la docencia se concibe “para atender a los requerimientos para su futura acreditación”; tras los tres primeros años –típicamente el ecuador de la duración del contrato– se exige a las universidades llevar a cabo una evaluación, que, a diferencia de la prevista en la Ley de Ciencia, no conlleva certificación alguna. Su función es simplemente valorar si la actividad desarrollada le está conduciendo a “alcanzar los méritos requeridos para obtener la acreditación necesaria para concursar a una plaza de profesorado permanente una vez finalizado el contrato”. El resultado, por tanto, será todo lo más una llamada de atención o un impulso para orientar correctamente los esfuerzos del o la PAD, pero sin ninguna ventaja o garantía posterior en caso de superar la evaluación.

3. Figuras contractuales no integradas en la lógica de la carrera investigadora

3.1. Profesorado asociado

La Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria (LRU) creó la figura del profesorado asociado para atraer a “especialistas de reconocida competencia que desa-

rrollen normalmente su actividad profesional fuera de la Universidad”, con la particularidad de que, al incluirse junto al visitante, se estableciera la posibilidad de que se tratara de profesorado temporal pero a tiempo completo o parcial, todo “en las condiciones que establezcan sus Estatutos y dentro de sus previsiones presupuestarias”. La LOU lo limito a tiempo parcial –imprescindible si se trata de personas profesionales externas– y posteriormente, en 2007⁷, se concretó su función exclusivamente docente (no investigadora) y la duración “trimestral, semestral o anual”, con posibilidad de renovación en tanto se siguiera “acreditando el ejercicio de la actividad profesional fuera del ámbito académico universitario”.

La LOSU trata de poner coto a múltiples abusos en el uso de esta figura, que se ponen de manifiesto tanto por el uso desviado de la figura⁸ como por su elevado número, planteando una ruptura total con la lógica teórica precedente, o tal vez normalizando la patología de la práctica⁹: toda vez que se vienen cubriendo necesidades permanentes –en el mejor de los casos de una alta especialización acorde a la experiencia profesional– se opta, como había propuesto ya la mejor doctrina¹⁰, por el contrato indefinido como marco para la relación del profesorado asociado, aunque se excluyen estas plazas del cómputo de las tasas de reposición; dicho de otra forma, siempre que se ajusten a las limitaciones presupuestarias, las universidades podrán convocar tantas plazas de profesorado asociado como estimen necesarias. Siendo el coste de la carga docente que asumen inferior al del profesorado a tiempo completo (entre otros motivos, porque también realiza tareas de investigación, transferencia y gestión), supone un riesgo claro de buscar un ahorro por la vía del incremento de este tipo de personal, en detrimento de otras figuras laborales, o aún funcionariales, dada la ausencia real de sanción por el incumplimiento de los umbrales exigidos.

Por lo demás, la regulación de la figura no es particularmente detallada; se limita a 120 horas anuales su carga docente –hasta ahora en manos de las universidades– y en cuanto a la extinción contractual la LOSU se limita a establecer que “será causa objetiva de extinción del contrato la pérdida sobrevinida de cualquiera de los requisitos establecidos en el párrafo a). En el supuesto de cese de la actividad principal, la finalización del contrato se producirá una vez concluya el curso académico en el que el que se desarrolla la actividad docente”

Dejando a un lado el inciso final, que tiene una lógica práctica que no requiere más explicación, debe recordarse que el párrafo al que se refiere indica tres requisitos:

⁷ Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades.

⁸ Son varios los asuntos que han llegado al Tribunal Supremo, como las STS de 16 de julio de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2745), 28 de enero de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:539), 22 de junio de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:2703) y 1 de junio de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:2419). En ellas se analizan supuestos de encadenamientos contractuales de varios años bajo esta y otras figuras.

⁹ CHAVES GARCÍA, José Ramón, *Personal docente e investigador de las universidades públicas*. En: Ricardo Rivero ORTEGA (ed.), *La reforma universitaria de 2023: comentarios a la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema universitario* Aranzadi. 2023. pp. 186-200, p. 203

¹⁰ MORENO I GENÉ, Josep, *Los Profesores Asociados “permanentes” de Universidad y su peculiar encaje en la normativa laboral*. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social* 2018. no. 143, pp. 265-297, p. 296

- Que se trate de especialistas y profesionales de reconocida competencia.
- Que acrediten ejercer su actividad principal fuera del ámbito académico universitario.
- Que existan necesidades docentes específicas relacionadas con su ámbito profesional.

El primer requisito –la “reconocida competencia”–, parece difícil que pueda perderse sobrevenidamente, salvo quizá, falta de adaptación a cambios disruptivos en la profesión; el segundo, es objetivo y son expresamente mencionadas sus consecuencias. Por ello, particularmente interesante es el requisito de la “necesidad docente específica”, pues permite a las universidades prescindir de este profesorado con cierta facilidad: ya sea asignando la docencia a otro profesorado a tiempo completo –lo que podría hacer aparecer otras “necesidades docentes” en otras materias distintas a la especialización del profesor o profesora asociada–, como por consecuencia de la modificación del número de grupos de docencia o cambios en plan de estudios, puede defenderse la extinción contractual. La referencia a la “causa objetiva” y la expresa declaración de supletoriedad del Estatuto de los trabajadores (art 77 LOSU) implican la aplicabilidad del art. 53 ET, siendo por tanto una extinción indemnizada y con derecho a preaviso.

3.2. Contrato de actividades científico-técnicas

La eliminación del contrato temporal para obra y servicio determinados a través del RD-L 32/2021, de 28 de diciembre generó la necesidad de resolver la forma jurídica para articular la vinculación a las universidades y centros de investigación de personal vinculado a proyectos o a líneas de investigación concretas. Para dar salida a esta situación se creó el contrato (indefinido) de actividades científico-técnicas que se introdujo por la Ley de Ciencia (art. 23 bis) mediante el RDL 8/2022, de 5 de abril (BOE de 6 de abril), y posteriormente se ha mantenido en la Ley 17/2022, tras la correspondiente tramitación parlamentaria de aquel.

Estos contratos, en la lógica de la estabilidad general en el empleo por la que apuesta de manera decidida¹¹ la reforma laboral de 2021, en realidad lo que se establece es un conjunto de particularidades sobre el contrato indefinido ordinario para atender a necesidades accesorias de la investigación, fuera por tanto de la carrera académica que podemos calificar de “ordinaria”¹².

¹¹ La apuesta formal, en realidad, no es nueva, si bien a la vista de los datos parece más eficaz. La lucha contra la temporalidad es una constante en las reformas laborales de la contratación desde 1992; para el *iter* hasta 2012 me permito remitirme a GIMENO DÍAZ DE ATAURI, Pablo, *El coste del despido y otras formas de terminación del contrato por iniciativa empresarial: un análisis jurídico y económico* Valladolid: Lex Nova. 2014., p. 155-210, donde lo traté extensamente.

¹² VALVERDE ASECIO, Antonio José, *La reforma de los contratos de trabajo del sistema español de ciencia, tecnología e innovación: El nuevo contrato de actividades científico-técnicas. Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social* 2022. no. 165, pp. 11-46, p. 18

Así, al margen de la expresa declaración de supletoriedad del EBEP y el ET y de la necesaria indemnización tras su finalización, el contrato se caracteriza por ser exigible una cierta cualificación, aunque no necesariamente superior si las tareas no lo exigen¹³. Lo que sí es destacable es que el legislador reconoce el carácter indefinido de la necesidad, separándolo de la coyuntural financiación temporal. Ello no obsta, lógicamente, que ante la falta de financiación de actividades vinculadas a la investigación en la entidad empleadora sea posible que se produzca una causa de despido objetivo, por causas económicas (disminución persistente de ingresos), organizativas (reestructuración de los servicios de apoyo a la investigación) o/y productivas (cuando la redundancia de su puesto se justifique por una reducción de la “demanda” de investigación por el mercado o las entidades financiadoras).

Desde la perspectiva de la administración empleadora, al margen de la lógica referencia a los criterios de mérito y capacidad, destaca que expresamente se excluyen de las limitaciones presupuestarias habituales: “no formarán parte de la Oferta de Empleo Público ni de los instrumentos similares de gestión de las necesidades de personal (...) ni su convocatoria estará limitada por la masa salarial del personal laboral”.

Además, el apartado tercero del art. 23 bis Ley de Ciencia establece que “En todo caso, cuando los contratos estén vinculados a financiación externa o financiación procedente de convocatorias de ayudas públicas en concurrencia competitiva en su totalidad, no requerirán del trámite de autorización previa”. La lectura de este precepto implica que no es imprescindible que la financiación sea externa, sino que si no lo fuera requerirá autorización, en caso de que, como es habitual, lo establezca la correspondiente ley de presupuestos¹⁴. No obstante, el art. 89 LOSU –lógicamente limitado al ámbito de las universidades– acota la fuente de su coste a “financiación externa o financiación procedente de convocatorias de ayudas públicas en concurrencia competitiva en su totalidad”, por lo que debe descartarse su contratación con cargo a otras fuentes de ingresos.

3.3. Atracción de la excelencia: profesorado distinguido y visitante

La atracción temporal de talento siempre se ha regulado en nuestro sistema como una posibilidad. La LRU ya se refería al profesorado visitante (en términos muy vagos) y la LOU establecía un régimen muy poco concreto, acotando su ámbito subjetivo a “profesores o investigadores de reconocido prestigio de otras universidades y centros de in-

¹³ Se exige en este art. 23 bis “título de Licenciatura, Ingeniería, Arquitectura, Diplomatura, Arquitectura Técnica, Ingeniería Técnica, Grado, Máster Universitario, Técnico/a Superior o Técnico/a, o con personal investigador con título de Doctor o Doctora. Asimismo, se podrá celebrar con personal cuya formación, experiencia y competencias sean acordes con los requisitos y tareas a desempeñar en la posición que se vaya a cubrir”

¹⁴ Por ejemplo, para Madrid, el art.22.14 de la Ley 4/2021, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para 2022 (prorrogados para 2023 conforme a los criterios establecidos en el Decreto 137/2022, de 28 de diciembre) establece que “La contratación de personal laboral temporal (...) en el ámbito de la Administración de la Comunidad de Madrid, sus organismos autónomos y demás entes públicos requerirán la previa autorización de la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo con las condiciones que establezca la misma.”

investigación, tanto españoles como extranjeros”; no obstante al no establecerse limitación temporal a esta figura ha dado lugar, en el caso de determinadas universidades¹⁵, a que se utilice para amparar situaciones de necesidad de contratación distintas de las previstas legalmente. Con una lógica y flexibilidad similar el art. 23 de la Ley de ciencia establecía el contrato de investigador distinguido para “investigadores españoles o extranjeros de reconocido prestigio en el ámbito científico y técnico”.

Las recientes reformas operadas en esta última y en la LOSU tratan de reconducir estas figuras al espacio para el que fueron concebidas; así los investigadores distinguidos ahora deberán gozar de “una reputación internacional consolidada basada en la excelencia de sus contribuciones en el ámbito científico o técnico” y lo que es más importante, las funciones serán necesariamente de dirección de equipos humanos o centros de investigación (antes se permitía cualquier actividad de investigación). Con ello, se trata de evitar que sea una vía paralela de acceso sin limitaciones legales en cuanto a la estabilidad, pues sigue teniendo la duración que las partes acuerden. Aun cuando se permita la docencia hasta 100 horas anuales –lo que se ha dicho con buen criterio que puede contribuir a generar vocaciones investigadoras¹⁶– es una figura eminentemente investigadora –de liderazgo investigador, en puridad– y acotada, con ciertas excepciones (DA1ª Ley de Ciencia), a los organismos públicos de investigación. No deja de sorprender que la LOSU, en su ámbito, aun cuando remite a la Ley de Ciencia en términos generales para la regulación de la análoga figura de “profesoras y profesores distinguidos” elimine el requisito directivo o de liderazgo, permitiendo el más vago objeto de “desarrollar tareas docentes, investigadoras, de transferencia e intercambio del conocimiento, de innovación” y sólo alternativamente “de dirección de grupos, centros de investigación y programas científicos y tecnológicos singulares”. Al margen de ello, amplía el límite de carga docente hasta las 180 horas anuales.

Más tajante es la reforma que opera la LOSU sobre la figura del profesorado visitante, con un perfil más amplio (docencia –sin limitaciones específicas–, investigación y “en su caso” transferencia). Aquí no sólo se cambia la definición (ahora no se alude al prestigio sino que deberán poder “contribuir significativamente al desempeño de los centros universitarios”, aunque dada la ambigüedad no impediría el mal uso) sino que, sobre todo, se limita drásticamente su extensión temporal: “tendrá una duración máxima de dos años, improrrogable y no renovable”, siendo este límite de aplicación (desde la entrada en vigor de la LOSU) a las relaciones anteriores a su entrada en vigor, de modo que en ningún caso podrán extenderse más allá del 11 de abril de 2025 (DT5ª LOSU).

¹⁵ Con los últimos datos disponibles (curso 2021-2022), prácticamente la mitad de las 797 personas en esta situación estaban empleadas por la Universidad Rey Juan Carlos (391, un 15% de su plantilla), un 22% por la Universidad Carlos III de Madrid (176 personas, un 10,2% de la plantilla) y un 10% por la Universidad del País Vasco (78 personas, un 1,8% de la plantilla). Las restantes universidades públicas, que suponen un 91,7% del empleo total se reparten el restante 19% de profesores visitantes, sin que en ninguna de ellas alcance el 1% de la plantilla.

¹⁶ MORENO I GENÉ, Josep, *La nueva regulación de los contratos laborales específicos del personal investigador*. *Revista española de derecho del trabajo* Thomson Reuters Aranzadi. 2023. no. 260, pp. 65-110.

3.4. Profesor sustituto

El ahora derogado art. 48.1 LOU permitía acudir a “las modalidades previstas en el Estatuto de los Trabajadores para la sustitución de trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo”, referencia inequívoca a la interinidad por sustitución. Esta mención ahora desaparece de las nuevas “normas generales” que contiene el art. 77 LOSU y se crea la figura específica de “Profesoras y Profesores Sustitutas/os” en el art. 80 LOSU.

En este precepto se establece la posibilidad de disponer de personal para cubrir necesidades docentes de personal con derecho a reserva de puesto de trabajo que “suspenda temporalmente la prestación de sus servicios por aplicación del régimen de permisos, licencias o situaciones administrativas, incluidas las bajas médicas de larga duración, distintas a la de servicio activo”. De esta forma, se establece una amplísima definición para cubrir las necesidades docentes que puedan generarse por esta minoración del profesorado disponible. La expresión “situaciones administrativas (...) distintas a la de servicio activo”, sin embargo, puede impedir la sustitución en determinados casos, como aquellas en que las personas nombradas personal de asesoramiento o confianza a que se refiere el art. 87.1.i EBEP, opte por permanecer en dicha situación.

En todo caso, cada ausencia requerirá la formalización de una relación de profesorado sustituto, de forma que no es posible que una única persona sustituya a varios profesores o profesoras (o varias reducciones de jornada). Esta interpretación, además de por el tenor literal de la letra b del art. 80.1.b LOSU, se ve reforzada por el hecho de que expresamente se rechazó la enmienda núm. 83 en el Congreso¹⁷ que pretendió la inclusión del plural con esta finalidad.

La sustitución se aleja de la regulación general del eventual con este fin, pues se centra en la necesidad docente: únicamente sustituirá estas funciones (y no el resto de las que pudiera realizar la persona sustituida) y abarca supuestos en que la relación laboral (o funcionarial) se encuentra plenamente vigente, como las reducciones de carga docente (que no suponen reducción de jornada, sino dedicación a otras tareas universitarias). La duración del contrato es temporal pero no está acotada legalmente (a diferencia del disfuncional límite de tres años contemplado en el proyecto, que generaba importantes dudas¹⁸).

Por otra parte, se extiende el uso de esta figura a la cobertura de necesidades de profesorado en tanto se cubre definitivamente la plaza, “en los términos establecidos en la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público”.

¹⁷ Presentada por Mariona Illamola Dausà (Grupo Parlamentario Plural). BOCG. Congreso de los Diputados Núm. A-111-2 de 14/11/2022.

¹⁸ MORENO I GENÉ, Josep, *La contratación laboral del personal docente e investigador en el proyecto de ley orgánica del sistema universitario ¿el fin de la cultura de la temporalidad en las universidades públicas? Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social* 2022. no. 165, pp. 47-85, p. 72

4. La doble vía laboral y funcionarial de estabilización

4.1. Cuerpos docentes y profesorado permanente laboral

Los cuerpos docentes universitarios no se han visto modificados, sin perjuicio de que las formas de acceso puedan tener efectos sobre ellos; no puede olvidarse que, a diferencia de las figuras laborales, ni en la LOU ni en la LOSU hay un precepto específico para cada figura funcionarial, más allá de la declaración general de la existencia de Catedráticas y Catedráticos de Universidad (CU) y Profesoras y Profesores Titulares de Universidad (TU) el art. 68 LOSU. En cierto modo, se delega en las normas de acreditación y las exigencias de las propias universidades la definición implícita de qué son las personas que integran dichas categorías funcionariales.

Es interesante mencionar aquí, sin embargo, que estas categorías tendrán ahora un reflejo en la figura de profesorado laboral permanente (PPL), que seguirán vías paralelas. Así, si en la lógica precedente una carrera (teórica) entendía el Titular como el paso lógico posterior al contratado doctor, esa “jerarquización” se difumina, por cuanto que puede haber PPL equiparados a CU, pero al mismo tiempo se permite la acreditación desde la figura laboral a la funcionarial. Es decir, aunque se equiparen (incluso a efectos retributivos), parece mantenerse implícitamente la “superioridad” de los cuerpos docentes universitarios (funcionariales).

4.2. La nueva regulación del sistema de acreditaciones

Frente a la legislación anterior, el control externo de la capacitación del personal para poder ser contratado, el llamado proceso de acreditación se acota ahora a las figuras permanentes, eliminándose en el caso del profesorado ayudante doctor. Será por tanto necesario superar esta evaluación para las figuras de PPL, TU y CU; igualmente, el art. 99 LOSU mantiene la necesidad de evaluación para el profesorado de Universidad Privada en los mismos términos que el derogado art. 72 LOU.

Sin embargo, la regulación incorpora importantes novedades. En primer lugar, se establece una regulación específica para PPL, que en la legislación anterior se dejaba en manos de las agencias evaluadoras. Así, el art. 85 LOSU se remite a la regulación autonómica: tanto el acceso como la promoción en la categoría se hará de acuerdo con esta. Ello conlleva (art. 85.2 LOSU) que el procedimiento se regule por las agencias de calidad autonómicas o “en su caso” por la ANECA.

Para evitar la fragmentación del tejido universitario, se establece un mandato para que las agencias autonómicas trabajen en “criterios mínimos comunes” y se ordena que “desde su independencia institucional y técnica” establezcan acuerdos para el reconocimiento recíproco, con el objeto de evitar cargas administrativas. Igualmente, se ordena a la ANECA reconocer esta evaluación autonómica para “el acceso a los cuerpos docentes universitarios”, es decir, las acreditaciones para TU y CU, siendo de aplicación las reglas

previstas para la acreditación de estas con dos excepciones: la composición de los órganos de acreditación y la necesidad de “justificación de forma detallada, objetiva y transparente del resultado del proceso”.

Esta regulación de acceso para cuerpos docentes a la que se remite el art. 85 LOSU se encuentra en el art. 69 LOSU. En este caso, la competencia se atribuye a la ANECA, si bien se ordena a esta el acuerdo “mediante convenio” del desarrollo de la evaluación de los méritos y competencias a las Agencias Autonómicas. Es decir, en este caso la regla general es la acreditación estatal y la que depende de convenio es la realizada por entidades autonómicas.

Como requisito común –aunque el reglamento de acreditaciones exige del mismo a TU en su promoción a la cátedra– se establece “la realización de actividades de investigación o docencia en universidades y/o centros de investigación distintos de aquella institución en la que se presentó la tesis doctoral”, sin que implique necesariamente una desvinculación de ésta, aunque se remite al desarrollo reglamentario. Esto se ha concretado en el art. 5 del RD de acreditaciones (aprobado, pero no publicado al cierre de este trabajo, de acuerdo con el texto sometido a audiencia pública) en actividades de investigación o docencia por un periodo acumulado de, como mínimo, 9 meses. Se excluyen de este cómputo la mera participación en proyectos de investigación y se exigen dos requisitos: la aceptación formal de la estancia y la aprobación de un informe de los resultados de dichas actividades. No especificándose quien debe aprobar dicho informe, existe en este punto cierta flexibilidad (entidad de origen, de destino, financiadora...). Por otro lado, se remite a una futura regulación de la propia ANECA la posibilidad de eximir de este requisito a personas a las que determinadas situaciones (conciliación, discapacidad, víctimas de violencia de género...) les haya impedido la realización de estas actividades.

Las principales novedades son la búsqueda de la desburocratización (agilidad y la petición de documentación accesible, en modo abierto, abreviada y significativa, utilizando los repositorios institucionales), incluyendo valoraciones tanto cualitativas como cuantitativas. Además, en la lógica de evitar la inflación de méritos exigibles se subraya la “adecuación de los méritos requeridos a la duración de la etapa inicial de la carrera académica”, aunque debe hacerse notar que esta expresión ha sido criticada por críptica y no dejar claro si premia o penaliza carreras vertiginosas¹⁹.

Como se ha señalado antes, el desarrollo reglamentario aprobado pero no publicado a fecha de cierre de este estudio, requiere (salvo cambios respecto al texto sometido a audiencia pública) una “justificación, abreviada y significativa, de los méritos y competencias” y el uso de repositorios institucionales como forma de acceso preferente a la documentación.

¹⁹ CHAVES GARCÍA, José Ramón, *Personal docente e investigador de las universidades públicas*. En: Ricardo Rivero ORTEGA (ed.), *La reforma universitaria de 2023: comentarios a la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema universitario* Aranzadi. 2023. pp. 186-200, p. 195.

4.3. Profesor Permanente Laboral

Es esta una de las principales novedades en materia de contratación; sustituyendo al figura del contratado doctor (a la que de hecho se equipara y para la que la DT5^a.4 LOSU permite la integración sin más requisitos), se prevé una carrera laboral completa, de modo que al margen de su carácter indefinido se establece la existencia de “categorías comparables a los del personal docente e investigador funcionario”.

Ello supone, en la práctica, dar carta de naturaleza a las experiencias que ya venían desarrollando algunas autonomías y que, siempre que respetara las exigencias de la LOU eran admisibles²⁰, equiparando en cierto modo la carrera laboral a la funcionarial.

5. Rasgos generales del Derecho Transitorio en materia personal universitario

La mayor parte de disposiciones transitorias de la LOSU se refieren, de forma directa o indirecta, al ámbito del personal docente e investigador. En ellas se contienen múltiples normas que más tratar de dar respuesta en sentido estricto a los problemas de derecho transitorio—que también— buscan atender a las múltiples situaciones de precariedad generadas bajo el régimen jurídico previo, no necesariamente dentro de la ley. Son ciertamente complejas y merecedoras de un análisis detallado, imposible por los límites de extensión de este trabajo, pero resulta necesario plantear al menos sus principales líneas.

Las DT3^o y 4^a LOSU se refieren al sistema de acreditaciones, estableciendo el valor de las existentes (el críptico “merito preferente” de la acreditación de ayudante doctor, la equiparación de la referente a PCD para PPL, tanto en las ya reconocidas como en el procedimiento hasta la aprobación de un propio) y brindando un año a las agencias estatal y autonómicas para adaptar las relativas a PPL y TU. En este sentido, la DT única del aprobado y aún no publicado RD de acreditaciones (salvo cambios sobre el proyecto), para el ámbito estatal, ha establecido que a las solicitudes presentadas hasta el 1 de abril de 2024 -prácticamente agotando el plazo legal- no les sean de aplicación las nuevas reglas de procedimiento y criterios de obtención de la acreditación.

La DT5^a trata, como se señalaba, de atraer hacia la lógica de la nueva ley las figuras temporales desaparecidas. Así, aunque mantiene con carácter general las relaciones nacidas bajo la vigencia de la LOU, pone fecha de caducidad al profesorado visitante contratado bajo la vigencia de la LOU de forma que no pueda extenderse su vigencia más allá del 11 de abril de 2025; inaplica el requisito de movilidad a quienes ya hubieran iniciado la evaluación (u obtenido la misma) como TU, o simplemente estuvieran ya contratados²¹.

²⁰ MORENO I GENÉ, Josep, *La contratación laboral del personal docente e investigador en el proyecto de ley orgánica del sistema universitario ¿el fin de la cultura de la temporalidad en las universidades públicas? Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social* 2022. no. 165, pp. 47-85, p. 66

²¹ Aunque se enumeran una serie de situaciones, de forma algo confusa, el proyecto de RD de acreditaciones lo entiende así cuando en su art. 5 cuando establece que “el requisito de movilidad no será exigible a las

Para el profesorado asociado se establecen dos vías: la estabilización como indefinido (DT7^a) fuera de tasas de reposición o, el acceso –por medio del PAD o contrato predoctoral, según sean o no doctores– a la carrera universitaria (DT8^a)

Con carácter general, se demora la efectividad del conjunto de reglas de personal al curso académico 2024-2025 para adaptar el régimen de dedicación del PDI permanente, con excepción del profesorado asociado, para el que la consolidación puede producirse hasta el 31 de diciembre de 2024.

Por último, se da en la DT6^a un margen notable (hasta 2030) para el cumplimiento de la obligación de la mayoría funcional en las universidades, a pesar de que no es, como se ha señalado, una obligación nueva, pues ya lo establecía el art. 48 LOU. Nada se dice, sin embargo, del mandato de reducir la temporalidad (contada excluyendo a PAD) al ocho por ciento, que según se ha expuesto al inicio de este trabajo y confirma la memoria de impacto normativo de la LOSU trece universidades no cumplían y que exige un esfuerzo presupuestario de 44,9 millones de euros, que la ley por sí sola no dota, sino que dependerán de las leyes presupuestarias.

6. Bibliografía citada

- AMOEDO-SOUTO, Carlos-Alberto y NOGUEIRA LÓPEZ, Alba, 2013. Regateando hacia la excelencia. Tasa de reposición de efectivos y universidades públicas. *Revista española de derecho administrativo*, no. 157, pp. 249-278. ISSN 0210-8461.
- BALLESTER LAGUNA, Fernando, 2023. Los contratos laborales de la Ley de la ciencia y su adecuación a los requerimientos de la reforma laboral de diciembre de 2021. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, pp. 21-57. ISSN 2792-8322. DOI 10.51302/rtss.2023.7269.
- CHAVES GARCÍA, José Ramón, 2023. Personal docente e investigador de las universidades públicas. En: Ricardo Rivero ORTEGA (ed.), *La reforma universitaria de 2023: comentarios a la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema universitario*. Aranzadi, pp. 186-200. ISBN 978-84-11-63409-0. D 378.4(094) REF
- GIMENO DÍAZ DE ATAURI, Pablo, 2014. *El coste del despido y otras formas de terminación del contrato por iniciativa empresarial: un análisis jurídico y económico*. 1. ed. Valladolid: Lex Nova. ISBN 978-84-9898-886-4.
- MONEREO PÉREZ, José Luis y LÓPEZ INSUA, Belén del Mar, 2023. El encadenamiento de contratos temporales y los procesos de “promoción interna” en las Universidades Públicas: ¿precariedad? ¿abuso? o ¿legalidad? Un debate abierto en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *La Ley Unión Europea*, no. 111, pp. 3. ISSN 2255-551X.

figuras de personal docente e investigador de las universidades públicas con contrato vigente a la entrada en vigor de la LOSU ni a los Profesoras o Profesores Titulares de Universidad para su promoción a Catedráticas o Catedráticos de Universidad.”

- MORENO I GENÉ, Josep, 2018. Los Profesores Asociados “permanentes” de Universidad y su peculiar encaje en la normativa laboral. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, no. 143, pp. 265-297.
- MORENO I GENÉ, Josep, 2022. La contratación laboral del personal docente e investigador en el proyecto de ley orgánica del sistema universitario ¿el fin de la cultura de la temporalidad en las universidades públicas? *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, no. 165, pp. 47-85.
- MORENO I GENÉ, Josep, 2023. La nueva regulación de los contratos laborales específicos del personal investigador. *Revista española de derecho del trabajo*, no. 260, pp. 65-110. ISSN 2444-3476.
- VALVERDE ASECIO, Antonio José, 2022. La reforma de los contratos de trabajo del sistema español de ciencia, tecnología e innovación: El nuevo contrato de actividades científico-técnicas. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, no. 165, pp. 11-46. ISSN 0213-0750.