

# Labos

Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social

Marzo 2024  
Volumen 5 - Número 1

---

<b>Editorial</b>	<b>Representación del personal y protección de datos. Criterios interpretativos</b> <i>Employee representation and data protection. Interpretative criteria</i> José María Goerlich Peset	4
<b>Artículos doctrinales</b>	<b>La contribución del Tribunal de Justicia a la mejor transposición y aplicación del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada en el ámbito del empleo público temporal. El caso español</b> <i>The contribution of the Court of Justice to the better transposition and implementation of the Framework Agreement on fixed-term work in the field of temporary public employment. The Spanish case</i> Javier Gárate Castro	26
	<b>El derecho a un salario justo. La Directiva (UE) 2022/2041, sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea</b> <i>The right to a fair wage. Directive (EU) 2022/2041, on adequate minimum wages in the European Union</i> Francisca Fernández Prol	47
	<b>De la tutela antidiscriminatoria a la protección de situaciones de vulnerabilidad. Posibilidades y límites en el derecho de la Unión Europea</b> <i>From anti-discriminatory protection to the protection of situations of vulnerability. Possibilities and limits in the law of the European Union</i> Beatriz Rodríguez Sanz de Galdeano	68
	<b>La discriminación por asociación a partir de su creación por el Tribunal de Justicia</b> <i>Discrimination by association since its establishment by the Court of Justice</i> Yolanda Maneiro Vázquez	97
	<b>El contrato individual de trabajo internacional</b> <i>International employment contract</i> Juliana Rodríguez Rodrigo	116

---

<b>Artículos jurisprudenciales</b>	<b>El papel del derecho de la Unión Europea en la regulación del trabajo del personal sanitario, especial referencia al caso español</b> <i>The role of European Union law in regulating the work of health care personnel, with special reference to the Spanish case</i> Lidia de la Iglesia Aza	147
	<b>Desafíos en materia de desempleo en la reforma de los reglamentos de la UE sobre Seguridad Social</b> <i>Unemployment challenges in the EU Social Security</i> José Manuel Pazó Argibay	170
	<b>Un concepto comunitario de trabajador para un derecho europeo del trabajo</b> <i>A community concept of worker to achieve a european labor law</i> Gabriela Rizzo Lorenzo	185
	<b>La cotización de las prácticas académicas externas a la luz de los nuevos cambios introducidos por el RD-ley 2/2023, de 16 de marzo</b> <i>The pricing of external academic practices in the light of the new changes introduced by RD-law 2/2023, March 16</i> David Crespo Ortiz	200
<b>Debate</b>	<b>Digitalización, inteligencia artificial y proceso laboral</b> <i>Digitization, artificial intelligence and Labour Courts</i> Luis Enrique Nores Torres	222
	<b>Sobre la posibilidad de celebrar actuaciones procesales digitales (en particular las vistas) en el orden social de la jurisdicción tras los últimos vaivenes normativos</b> <i>About the possibility of celebrating digital procedural acts (especially trials) in the social jurisdiction after the latest regulatory changes</i> Rodrigo Tascón López	247
<b>Reseña bibliográfica</b>	CHABANNES, M. <i>El sistema de pensiones español en una sociedad en constante transformación un estudio desde una perspectiva holística y comparada.</i> Ruiz Santamaría, José Luis	267

## **Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social**

ISSN: 2660-7360 - [www.uc3m.es/labos](http://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](mailto:revistalabos@uc3m.es)

# EDITORIAL

## Representación del personal y protección de datos. Criterios interpretativos\*

### Employee representation and data protection. Interpretative criteria

José María Goerlich Peset

*Catedrático de Derecho del Trabajo*

*Universitat de València (Estudi General)*

doi: 10.20318/labos.2024.8482

*Resumen:* El desarrollo de la normativa sobre protección de datos incrementa sus interacciones con la acción colectiva desarrollada por la representación del personal. En este contexto, se analiza, de un lado, el papel que le corresponde como garante de la integridad del derecho a la protección de datos y, de otro, y sobre todo, los conflictos que aparecen en relación con el ejercicio de sus competencias. En este último plano, se analizan las limitaciones que pueden existir al acceso a datos personales por parte de las organizaciones representativas así como las restricciones a su utilización posterior.

*Palabras clave:* Protección de datos, datos personales, sindicato, representación del personal, derechos de información.

*Abstract:* The development of data protection regulations is increasing its interactions with the collective action developed by staff representation. In this context, we analyze, on the one hand, its role as guarantor of the integrity of the right to data protection and, on the other hand, and above all, the conflicts that arise in relation to the exercise of its powers. On the latter point, the limitations that may exist on access to personal data by representative organizations and the restrictions on their subsequent use are analyzed.

*Palabras clave:* Data protection, personal data, trade union, staff representation, information rights.

---

\*Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación titulado “Algoritmos extractivos y neuroderechos. Retos regulatorios de la digitalización del trabajo” ref. PID2022-139967NB-I00.

## 1. Introducción

El objeto de las consideraciones que siguen es reflexionar sobre las interacciones entre la configuración institucional de la representación laboral y el derecho a la protección de datos. No descubro nada si afirmo que aquella, tanto en su dimensión unitaria como en la sindical, encuentra uno de sus más sólidos fundamentos en los derechos de información. Basta pegar una mirada al preámbulo de la Directiva 2002/14/CE, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea, para darse cuenta del capital papel que el acceso a aquella desempeña en la acción colectiva. Es claro, sin embargo, que la efectividad y expansión de los derechos informativos puede implicar la aparición de escenarios de conflicto con la normativa de protección de datos, a medida que esta se va asentando y desarrollando.

Desde una perspectiva conceptual, el inicial mandato al legislador establecido en 1978 ha acabado dando vida a un verdadero derecho fundamental. Si entonces nuestra Constitución se limitaba a encomendar a la ley el establecimiento de límites al “uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos” (art. 18.4), el Reglamento general de protección de datos (RGPD) ubica claramente el “derecho a la protección de los datos personales” en el marco de “los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas”, como se desprende del art. 2.1. Por otro lado, en su relativamente corta existencia, este nuevo derecho muestra un extraordinario dinamismo. Las nociones clave para configurarlo –“datos personales”, “tratamiento”, ...– así como los criterios interpretativos que permiten aplicarlas se han revelado dotados de una fuerte vis expansiva. No es de extrañar que los supuestos de fricción entre derechos informativos de la representación del personal y protección de datos se hayan incrementado rápidamente. Así se advierte en los repertorios jurisprudenciales.

En todo caso, las interacciones entre la acción representativa y la protección de datos no se agotan en este aspecto. Aunque seguramente da vida a un problema central, existen otras. En este sentido, las páginas que siguen pretenden abordar los diferentes puntos en que entran en contacto. Se busca, fundamentalmente, detectar las principales cuestiones críticas, a la vista de las normas y los pronunciamientos judiciales y administrativos que se han ocupado de ellos. A estos efectos, la exposición se ordena en torno a cuatro ejes. En el primero, se reflexiona sobre las normas de protección de datos como garantía de la acción colectiva. A continuación, se analiza la posición que ocupa la representación del personal como garante del derecho a la protección de datos de las personas a las que representa. En tercer lugar, se estudia el posible papel de la normativa sobre protección de datos como límite de la acción colectiva: se aborda, fundamentalmente el conflicto entre competencias y facilidades de la representación y los posibles límites al tratamiento de datos. Por último, se enfrenta la cuestión de los límites al tratamiento de los datos por las representaciones unitaria o sindical.

## 2. Las normas de protección de datos como garantía de la acción colectiva

Desde antiguo sabemos, en primer término, que la recopilación de información sobre las opciones sindicales o políticas de los trabajadores puede ser una poderosa arma antisindical. Las listas negras que pueden circular entre las empresas con información individual sensible desde la perspectiva sindical posibilitan la puesta en marcha de conductas discriminatorias, sobre todo en el terreno de la contratación, que, a la postre, obstaculizan gravemente la acción colectiva.

Es indudable que la circulación de este tipo de listas negras contradice los derechos fundamentales de las personas afectadas. Esta idea ha sido corroborada por nuestros Tribunales desde antiguo. De hecho, es posible detectar algún pronunciamiento judicial de mediados de los años 80 (STCT 5 julio 1984, RTCT 1984\6712) en el que se imputa a estas listas negras o figuras similares el quebrantamiento de hasta cuatro preceptos constitucionales: arts. 14, 35.1, 28.1 y 24.1. Más recientemente, y al máximo nivel, la STS civil 609/2015, 12 noviembre (comentada por Monereo Pérez & Fernández Bernat, 2016), ha considerado en efecto que vulnera los derechos al honor y a la protección de datos la inclusión de un trabajador tras su despido –posteriormente declarado improcedente– en un listado de personas conflictivas, con las consiguientes dificultades de colocación futura en las subcontratistas de una importante empresa de telefonía. La idea, además, había sido anticipada, como advierte la propia sentencia, por la documentación generada en el marco de las instituciones especializadas en la protección de datos, tanto a nivel europeo (*Documento de trabajo sobre las listas negras*, aprobado el 3 de octubre de 2002 por el GT/29) como en España (AEPD, informe jurídico núm. 2010/0201). En definitiva, no hace falta un gran esfuerzo interpretativo para considerar que la recopilación y difusión de datos relacionados con la acción colectiva de las personas a efectos de condicionar su empleo o sus condiciones de trabajo afecta a la integridad de la libertad sindical.

La normativa de protección de datos no deja espacio a las dudas. En efecto, el art. 9.1 RGPD prohíbe expresamente el tratamiento de lo que denomina “categorías especiales de datos personales”, entre las que incluye los que revelen, entre otros aspectos, “las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical”. Por otra parte, las excepciones que se establecen en el apartado 2 no permiten amparar de ninguna manera la elaboración de este tipo de listas negras. Como ha señalado la doctrina (Poquet Catalá, 2016), no es fácil aceptar como fundamento el “consentimiento explícito” al que alude en su letra a). A las prevenciones con que este es tratado en el art. 7.4 RGPD en los casos en los que “la ejecución de un contrato, incluida la prestación de un servicio, se sujeta al consentimiento al tratamiento de datos personales que no son necesarios para la ejecución de dicho contrato”, cabe añadir las dificultades para requerirlo habida cuenta las reglas laborales vigentes (cfr. art. 16.1.c] LISOS). En este contexto, cabe pensar que nuestro sistema jurídico establece “que la prohibición mencionada en el apartado 1 no puede ser levantada por el interesado”, en el sentido del último inciso del art. 9.1.a) RGPD.

No parece fácil sostener, por otro lado, la legitimidad del tratamiento por su posible carácter “necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos

específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del Derecho laboral y de la seguridad y protección social” con base en la letra b). Salvo en casos muy concretos, que, como ocurre con la recaudación de cuotas sindicales (arg. ex. art. 11.2 LOLS), vengán avalados por una autorización del “Derecho de la Unión, de los Estados miembros o un convenio colectivo con arreglo al Derecho de los Estados miembros que establezca garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales y de los intereses del interesado”, hay que entender que la recopilación de información sindical nunca viene justificada por “el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio derechos específicos” del responsable del tratamiento. Y, por supuesto, incluso si el tratamiento fuera legítimo por esta vía, no resultará admisible la utilización de los datos para finalidades diferentes (por todos, Rodríguez Escanciano, 2011, ap. II). En este sentido, la jurisprudencia constitucional rechazó hace tiempo que la empresa pudiera usar la información personal sobre descuento de cuotas para inferir la participación en una huelga convocada por un determinado sindicato (cfr. STC 11/1998, 13 enero, seguida por otras); y, más recientemente, el TS (sentencia 8 abril 2014, rec. 19/2013) ha considerado contrario a la intimidad informática la aportación del listado de afiliados en poder de la empresa con esa misma finalidad a un proceso relacionado con los efectos de un convenio de eficacia limitada.

La prohibición de la utilización de las “categorías especiales de datos personales” se extiende, además, a la adopción de decisiones individuales automatizadas, que según el art. 22 RGPD incluye también la “elaboración de perfiles”. Según el art. 4.4), esta noción incluye “toda forma de tratamiento automatizado de datos personales consistente en utilizar datos personales para evaluar determinados aspectos personales de una persona física, en particular para analizar o predecir aspectos relativos al rendimiento profesional, situación económica, salud, preferencias personales, intereses, fiabilidad, comportamiento, ubicación o movimientos de dicha persona física”. En efecto, conforme al art. 22.4 RGPD, las decisiones automatizadas y la elaboración de perfiles no pueden basarse en este tipo de datos “salvo que se aplique el artículo 9, apartado 2, letra a) o g), y se hayan tomado medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado”. Ninguna de estas excepciones resulta aplicable en nuestro caso: valen las reflexiones que se han hecho más arriba en relación con el art. 9.2.a) RGPD; en cuanto a su letra g) no requiere demostración la inexistencia del “interés público esencial, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros” al que en ella se alude.

Cabría, pues, alcanzar la conclusión de que estamos ante una cuestión superada. Sin embargo, las cosas son algo más complicadas. Se ha señalado en este sentido que la evolución tecnológica permite ir más allá de las mencionadas prohibiciones de tratamiento. Los sistemas de inteligencia artificial permiten la recopilación a gran escala y tratamiento automatizado de informaciones individuales no vinculadas directamente a las opciones políticas o sindicales pero que, mediante conexiones estadísticas, pueden ser igualmente utilizables en estas claves. Aún más, este tipo de algoritmos predictivos permiten adicionalmente ofrecer explicaciones neutrales para las decisiones automatizadas que toman: la propia cantidad de datos tratados posibilita encontrar explicaciones secundarias que contribuyen a dificultar el juego de la tutela antidiscriminatoria. Esta

ya es difícil con las listas negras convencionales pues su funcionamiento secreto dificulta la generación del panorama indiciario que la activa: a pesar del esfuerzo que en este terreno realiza la citada STS civil 609/2015, 12 noviembre, puede comprobarse la existencia de este tipo de problemas en las SSTSJ País Vasco 1579/2017, 11 julio, y Madrid 246/2018, 10 abril. Pero, como ha señalado la doctrina, puede tornarse directamente imposible cuando aquellas se basan en la inteligencia artificial (Todolí Signes, 2018, y, sobre todo, 2023, pp. 55 ss). Por ello, las nuevas propuestas para solventar este tipo de problemas tradicionales se mueven no solo en la línea de actualizar el funcionamiento de aquella tutela sino también, y sobre todo, en la de mejorar la gobernanza de la inteligencia artificial en el ámbito de la empresa.

### **3. La representación del personal como garante de los derechos individuales a la protección de datos**

Esta última consideración desplaza el discurso a un segundo plano de reflexión: el papel que corresponde a la representación del personal como garante de los derechos individuales de las personas representadas. Esta función tiene diferentes componentes, como se examina a continuación.

#### *3.1. La actuación en defensa de los representados*

De entrada, como representación de intereses colectivos, la del personal queda habilitada para vigilar el correcto cumplimiento de la normativa de protección de datos por parte de las empresas. En el ámbito administrativo, existen pronunciamientos en los que se presupone la legitimación para cuestionar las actuaciones empresariales sobre la base de las normas de protección de datos (entre otras, RR. AEPD 17 febrero 2022, PS-00166-2021, y 3 enero 2023, PS-00480-2021).

Es lógico que así sea (Todolí Signes, 2018, p. 81 ss.). La legitimación para poner en marcha procedimientos antes las autoridades de protección de datos queda en manos de cualquier “interesado”—así como de determinadas organizaciones sin ánimo de lucro constituidas en los términos del art. 80 RGPD—. Sobre la base de este criterio, que se contiene en el art. 57.1.f) RGPD, no es fácil poner en cuestión que la representación del personal pueda accionar para evitar vulneraciones de la normativa de protección de datos. Incluso si así no fuera, cabría recurrir a las reglas generales para llegar a la conclusión de que las organizaciones representativas ostentan legitimación suficiente para poner en marcha este tipo de actuaciones. En efecto, por lo que se refiere a la representación unitaria, se alcanza rápidamente sobre la base de su competencia de “vigilancia en el cumplimiento de las normas vigentes en materia laboral, de seguridad social y de empleo, así como del resto de los pactos, condiciones y usos de empresa en vigor, formulando, en su caso, las acciones legales oportunas ante el empresario y los organismos o tribunales

competentes” junto con el reconocimiento de su “capacidad, como órgano colegiado, para ejercer acciones administrativas o judiciales en todo lo relativo al ámbito de sus competencias” (art. 65.1 ET).

En el terreno de la representación sindical, cabría aducir la jurisprudencia constitucional en relación con la legitimación de las organizaciones sindicales para acceder al recurso contencioso-administrativo, recogida por ejemplo en STC 89/2020, de 20 de julio, que recoge y sistematiza una extensa serie de precedentes. Esta doctrina valora la “dimensión del sindicato como institución representativa que constitucionalmente tiene reconocida su función de defensa de determinados intereses” para, sobre la base del art. 24.1 CE, en relación con la libertad sindical del art. 28.1 CE, alcanzar la conclusión de que se debe reconocer la indicada legitimación para las cuestiones que no resulten “ajenas a los intereses económicos y profesionales del mismo y de los trabajadores por él representados”. Por tanto, cabe pensar en actuaciones sindicales no solo ante las autoridades de protección de datos, sino más allá de este ámbito, en sede judicial.

### *3.2. Hacia la gobernanza colectiva de la inteligencia artificial en la empresa*

Además de esta primera dimensión, el ordenamiento avanza en el sentido de reconocer el papel esencial de la representación del personal en la gobernanza colectiva de la inteligencia artificial en la empresa (por ejemplo, Todolí Signes, 2018; Mercader Uguina, 2023a; Rodríguez Fernández, 2023). Una importante manifestación de esta idea se encuentra en la introducción, entre las competencias de la representación unitaria, del derecho a la información sobre “los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles”. Esta facultad informativa, introducida en el art. 64.4.d) ET por el RDL 9/2021, 11 mayo, tramitado luego como Ley 12/2021, 28 septiembre, posibilita la participación de los representantes del personal en la adopción por las empresas en decisiones de recopilación y tratamiento automático de datos y, con ello, fortalece en el ámbito de las relaciones laborales la transparencia que debe presidir el recurso a la inteligencia artificial (Mercader Uguina, 2023a, p. 14 ss.).

Es verdad que, como han reseñado los comentaristas, el derecho que se diseña es formalmente limitado. Sin perjuicio de que en algunos de estos aspectos quepa ensayar interpretaciones correctoras, lo cierto es que se han detectado diferentes puntos problemáticos que incluyen desde los límites estructurales de la representación unitaria —que deja al margen a las organizaciones empresariales carentes de órganos representativos— hasta la delimitación de las características de la información debida, por lo que se refiere a su alcance o al momento en que debe suministrarse. No puedo entrar ahora en un análisis detallado de estas cuestiones que puede ser remitido al tratamiento monográfico previo (entre otros, Gómez Gordillo, 2021; Cremades Chueca, 2022; Valle Muñoz, 2023). Lo que sí vale la pena resaltar es que, con independencia de la estrechez del vehículo de participación elegi-

do, la sola previsión de la intervención de los representantes del personal en relación con la gestión algorítmica de las relaciones laborales implica un importante hito en este terreno. En pocas palabras, incluso si “el derecho reconocido se sitúa en el nivel más débil de entre los distintos derechos de participación en la empresa, ... la previsión normativa generará dinámicas positivas sobre todas las decisiones empresariales adoptadas a partir de estos mecanismos” (Gómez Gordillo, 2021, p. 172, con otras referencias). En este sentido, es claro que sus limitaciones actúan como invitación a que la negociación colectiva integre sus insuficiencias y mejore el régimen establecido. Su puesta en práctica permitirá, en suma, detectarlas y abordarlas en los convenios colectivos, a los que corresponde, pues, un papel importante en materia de dirección algorítmica (por todos, Sáez Lara, 2022, p. 297 ss.).

### *3.3. El papel de la autonomía colectiva*

En realidad, la misma normativa de protección de datos asigna al diálogo social un papel esencial en la conformación del alcance de este derecho en el terreno de las relaciones laborales. El art. 88 RGPD, dedicado al “tratamiento en el ámbito laboral”, le abre este campo en su apartado 1 al posibilitar que los Estados miembros, “a través de disposiciones legislativas o de convenios colectivos”, puedan “establecer normas más específicas para garantizar la protección de los derechos y libertades en relación con el tratamiento de datos personales de los trabajadores en el ámbito laboral”. Se trata de una remisión genérica que se concreta inmediatamente con un listado de materias en las que es posible establecer estas reglas “más específicas”, que incluyen “contratación de personal, ejecución del contrato laboral, incluido el cumplimiento de las obligaciones establecidas por la ley o por el convenio colectivo, gestión, planificación y organización del trabajo, igualdad y diversidad en el lugar de trabajo, salud y seguridad en el trabajo, protección de los bienes de empleados o clientes, así como a efectos del ejercicio y disfrute, individual o colectivo, de los derechos y prestaciones relacionados con el empleo y a efectos de la extinción de la relación laboral”.

La generación de estas “normas más específicas” puede producirse tanto por vía legal como convencional. Son ejemplo de lo primero las de naturaleza laboral incluidas en la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Sus arts. 89 (sobre “uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo”) y 90 (en relación con la “utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral”), establecen específicos límites para la recopilación y tratamiento de estos datos personales: aparte los criterios sustantivos –específicas prohibiciones, criterios de valoración de su introducción–, se prevé, en un esquema que resulta común con el de los restantes derechos digitales –“uso de dispositivos digitales” (art. 87) y “derecho a la desconexión” (art. 88)–, la intervención de la representación del personal en su puesta en marcha. En cuanto a lo segundo, el inmediato art. 91 LO 3/2018 habilita a los convenios colectivos para establecer “garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral”.

El uso de la expresión “garantías adicionales” implica que no se produce un pleno apoderamiento de la autonomía colectiva para la regulación de las cuestiones vinculadas a la protección de datos sino únicamente el reconocimiento de sus posibilidades de mejora del marco legal establecido así como de exploración de aspectos que no estén contemplados en él. Por ello, en todo caso, convenios y acuerdos colectivos han de respetar los principios en materia de protección de datos establecidos en la normativa heterónoma. Lo hemos visto recientemente en la interpretación que el TJUE ha dado de la noción “normas más específicas” que utiliza el art. 88.1 RGPD. La STJUE 23 marzo 2023, C-34/21, aborda la cuestión prejudicial planteada por un tribunal alemán en relación con la norma que reguló la docencia a distancia durante la pandemia: si bien, del lado del alumnado, la conexión al servicio de videoconferencia se condicionaba al consentimiento propio –o de sus representantes, en caso de minoría de edad–, no se requería el del personal docente. El órgano proponente dudaba respecto a la adecuación de la norma a las exigencias del art. 88 RGPD por cuanto que se limitaba a imponer el tratamiento al profesorado, sin una específica previsión de “medidas adecuadas y específicas para preservar la dignidad humana de los interesados, así como sus intereses legítimos y sus derechos fundamentales” que, según el art. 88.2 RGPD, y entre otros aspectos, deben atenderse por las regulaciones especiales que se establezcan en la normativa interna. El TJUE parte de que el precepto “impone tanto a los Estados, como a los interlocutores sociales (caso de ser los convenios colectivos los que incorporen reglas más específicas), la imperativa necesidad de establecer un régimen reforzado de tutela en aquellos casos en los que se creen, por ejemplo, nuevas bases de legitimación para el tratamiento de datos personales” (Mercader Uguina, 2023b). No basta, pues, con la autorización legal o convencional de determinados tratamientos; se hace preciso además que vaya acompañada de garantías precisas. En caso contrario, las “normas específicas” han de ser objeto de enjuiciamiento conforme con los criterios establecidos con carácter general por el RGPD. Estos funcionan, de este modo, como suelo que necesariamente debe ser respetado en la acción normativa que se desarrolle a nivel interno; y por tanto también para los convenios colectivos.

Con todo, es amplio el espacio que queda para el diálogo social en relación con la salvaguarda de los derechos vinculados a la protección de datos. No es por ello de extrañar que, en su máximo nivel, los interlocutores sociales hayan mostrado su interés en aprovecharlo. Cabe señalar, por un lado, el Acuerdo Marco sobre Digitalización alcanzado en junio de 2020 en el ámbito europeo y cuyo propósito es animar a la negociación colectiva en los diferentes niveles a afrontar los retos derivados de la transición digital en el mundo laboral (al respecto, Goerlich Peset, 2021). En efecto, varios de los cuatro ejes que se ofrecen para el desarrollo por los convenios colectivos se relacionan con aspectos vinculados al tratamiento de datos personales. De hecho, se insiste en el “respeto de la dignidad humana y sistemas de vigilancia” –que enlaza con los aspectos que acaban de comentar– y se añade además la regulación de “la inteligencia artificial y la garantía del principio de control humano”, como punto clave para la reflexión. En esta misma línea, por otro lado, es preciso traer a colación las previsiones del V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (BOE 31 mayo 2023), cuyo capítulo XVI se dedica a la

“transición tecnológica, digital y ecológica” y que reconoce de forma contundente que “la negociación colectiva debe desempeñar un papel fundamental estableciendo criterios que garanticen un uso adecuado de la IA y sobre el desarrollo del deber de información periódica a la representación de los trabajadores”.

#### **4. La protección de datos como límite de la acción colectiva**

En un terreno diferente a los anteriores, es necesario considerar si, y en qué medida, la protección de datos puede convertirse en un obstáculo para la plenitud de los derechos de la representación del personal. Las competencias que se le atribuyen pueden implicar, en efecto, la transferencia de información relativa a personas individuales que, con toda probabilidad, encajan en la amplísima noción de “datos personales” establecida en el art. 4.1) RGPD. En este contexto, su inclusión en la información que se suministra o a la que pueden acceder las organizaciones representativas podría venir condicionada por las normas de protección de datos. No ha sido infrecuente, por ello, que en los últimos años este conflicto se haya planteado ante los tribunales, normalmente, aunque no solo, del orden social, que han debido resolver asuntos en los que las empresas han rechazado pretensiones informativas de las representaciones del personal o se han negado a satisfacerlas en toda la extensión solicitada.

##### *4.1. Los escenarios del conflicto*

El análisis de los repertorios administrativos y judiciales muestra diferentes escenarios de conflicto. Encontramos, ante todo, un par de pronunciamientos de máximo nivel en los que se ha detectado una utilización indebida de la normativa de protección de datos por parte de la empresa para menoscabar derechos básicos de los representantes del personal. Las SSTS 1033/2020, 25 noviembre, y 516/2021, 11 mayo, se han ocupado de la prohibición empresarial de distribuir información sindical en papel en el sector de *call center*. En el supuesto de ambos pronunciamientos (comentados respectivamente por Bernal Santamaría, 2021, y García Romero, 2021), la empresa, para preservar los datos personales de los clientes, prohibía que el personal accediese al lugar de trabajo con instrumentos de escritura; y proyectaba tal prohibición sobre los impresos que las organizaciones sindicales aspiraban a repartir. No se discute el conflicto entre la libertad sindical y el derecho a la protección de datos pueda saldarse con restricciones de aquella. Pero, para aceptarlas, es preciso ponderar ambos derechos a la luz del canon de la proporcionalidad. Como es previsible, la decisión empresarial no supera siquiera el primer escalón de este juicio, el de idoneidad: “no parece una medida de seguridad el prohibir los comunicados e información sindicales en papel pues no se vislumbra en que puede afectar a la seguridad de los datos personales almacenados en la empresa, ya que la simple introducción de dichos informes o comunicados, sin posibilidad de consignar o escribir nada en el papel, dado

que están prohibidos los bolígrafos u otro medio de escritura, resulta una acción inocua, por lo que la prohibición no es una medida idónea”.

Por supuesto, el grueso de los conflictos se refiere a la posible modulación de la información debida en aplicación del art. 64 ET u otras normas por acción de las reglas sobre protección de datos. Remitiendo para un análisis más detallado al análisis doctrinal previo (Rodríguez Escanciano, 2011, sec. III, y, 2019, p. 11 ss.; Mercader Uguina & Puebla Pinilla, 2018, p. 70 ss.), me limito ahora a presentar un rápido recordatorio de ejemplos que permiten observar la forma en que se plantean y se vienen resolviendo.

Un primer gran grupo de cuestiones se ha planteado en torno a la entrega de listados de personal a la representación, lo que puede ocurrir a diferentes efectos. En este terreno encontramos, ante todo, la difusión de datos en el marco de los procesos electorales que se celebran en las empresas. En este terreno, por ejemplo, la STS 27 septiembre 2007, rec. 78/2006, se ocupa de la entrega de censos a los sindicatos con presencia en la empresa durante el proceso electoral, para descartar que se vulneren las reglas sobre protección de datos. En esta misma línea, la posterior STSJ Madrid 227/2016, 31 marzo, acepta la cesión por la mesa electoral de censos completos, incluyendo ex trabajadores y beneficiarios del plan de pensiones), con direcciones particulares y correos electrónicos; por reputarse necesaria para proceder a las elecciones a la constitución de la comisión de control del plan de pensiones.

Más compleja aparece la cuestión de las informaciones relacionadas con la política de contratación desarrollada por la empresa, en la que parecen detectarse divergencias interpretativas relacionadas con las específicas aproximaciones en las dos jurisdicciones que intervienen. En el orden social, de entrada, no parece existir problema en condenar al empleador, incluso de carácter público, a suministrar información individualizada. En este terreno pueden traerse a colación las SSTS 21 diciembre 2015, rec. 56/2015, y 111/2018, 7 febrero, en las que se reconoce que la normativa sobre protección de datos no obstaculiza la cesión de datos personales relacionadas con las personas que se integran en el listado de la bolsa de empleo, en el primer supuesto, o que ocupan los puestos de trabajo. Ambos pronunciamientos se fundamentan en que el acceso a este dato personal no puede considerarse irrelevante a la vista de la competencia ejercida por los representantes. Más recientemente, la STSJ Com. Valenciana 1400/2022, 28 abril, ha aplicado este criterio a la solicitud del “listado nominal de todos los trabajadores asignados” a una determinada contrata. El orden contencioso-administrativo, por su parte, parece más reticente. Aunque no pone objeciones a la entrega de información anonimizada (cfr. STSJ País Vasco cont. 113/2013, 5 febrero: no vulnera la normativa de protección de datos la entrega de un listado de puestos, sin mención de las personas que los ocupan), no parece proclive a la entrega de listados con inclusión de los nombres de las personas. Así se advierte en STSJ Madrid cont. 537/2017, 10 octubre, y, sobre todo, en la STS cont. 160/2021, 9 febrero. Cabe indicar además que el ATC 29/2008, 28 enero, ha rechazado que vulnere la libertad sindical no entregar este tipo de listados.

Por lo que se refiere a otras condiciones que han de ser objeto de información a la representación del personal, contamos con algún pronunciamiento que ha desestimado

que vulnere el derecho a la protección de datos entregarle una carta de sanción habida cuenta las previsiones del art. 64.4.c) ET (STSJ Madrid 893/2022, 5 octubre). Pero el grueso de los conflictos atañe a la problemática cuestión de las informaciones de carácter retributivo. No parece haber excesivo problema en aceptarlas cuando son anónimas, como se advierte en la STS 13 octubre 2011, rec. 210/2010, referida a una solicitud de información, de carácter porcentual y desglosada conforme a la clasificación. Pero la cosa se complica cuando las solicitudes de las organizaciones representativas alcanzan la identidad de las personas que perciben las retribuciones. La posición mayoritaria parece apuntar a la irrelevancia de su inclusión en la información solicitada. En este sentido, cabe traer a colación, por ejemplo, las SSTS 19 febrero 2009, rec. 6/2008, aunque en consideraciones a mayor abundamiento, o 3 mayo 2011, rec. 168/2010, la SAN 178/2017, 11 diciembre, en relación con la obligación de entregar a la Comisión de Control del Plan de Pensiones el fichero mensual con las aportaciones de los partícipes, en el que se incluya el NIF de los partícipes junto con los datos salariales de los mismos, y las SSTSJ Madrid 85/2015, 16 febrero, y 66/2016, 27 enero, relacionada esta última con el acceso a los boletines de cotización TC-1 y TC-2. En otros casos, sin embargo, se ha rechazado la necesidad de suministrar información nominativa como en la STSJ Andalucía (Sevilla) 2679/2010, 5 octubre, en relación con la aplicación de un complemento de productividad. Sigue abierta, además, la cuestión de la cantidad de información retributiva que debe incluir la copia básica (por ejemplo, SAN 118/2019, 18 octubre, confirmada por STS 580/2021, 26 mayo, y comentada críticamente por Bernal Santamaría, 2020).

Por lo demás, la incertidumbre se detecta últimamente entre los órganos judiciales de instancia en relación con las cuestiones vinculadas al registro retributivo llamado a garantizar la transparencia en relación con la igualdad de remuneración por razón de sexo (art. 28.2 ET y RD 902/2020). La SAN 23/2023, 23 febrero, que ha sido muy difundida en redes, ha entendido que la empresa no puede rechazar el cumplimiento de sus obligaciones de información aunque, en atención a las circunstancias, la información sobre “los valores medios de los salarios, los complementos salariales y las percepciones extrasalariales de su plantilla, desagregados por sexo y distribuidos por grupos profesionales, categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor” presupone la determinación individualizada de las retribuciones de algún perceptor, por ser el único que ocupa una determinada posición. Más recientemente, sin embargo, la SJS Cartagena-1 35/2023, 14 abril, se ha movido en la dirección contraria, recurriendo a la exigencia de consentimiento para aceptar el tratamiento de datos en relación con la percepción de complementos retributivos individualizados.

#### *4.2. Criterios para una reconstrucción*

Este tipo de conflictos recuerdan las cuestiones que se suscitaron a primeros de los 90 con la aprobación de la Ley 2/1991, de 7 de enero. La introducción de la copia básica de los contratos, posteriormente incorporada al texto del ET (cfr. art. 8.4) dio lugar a

un llamativo conflicto que contraponía los derechos (colectivos) de la representación del personal con los (individuales) sus componentes. Sin embargo, la situación es ahora diferente. Aunque seguramente el derecho a la protección de datos mantiene una relación genética con el derecho a la intimidad –como se advierte en la ubicación sistemática del art. 18.4 CE así como en las normas más antiguas que se han ocupado de él (cfr. art. 1 LO 15/1999)–, lo cierto es que en su evolución ha ido adquiriendo autonomía y sustantividad propia y, con ello, complicando la solución de los conflictos que se plantean en sus relaciones con los derechos informativos de las representaciones laborales.

De entrada, la evolución de sus garantías permite diferenciar claramente la situación que ahora se plantea y la que se produjo como consecuencia de la promulgación de la Ley 2/1991. Entonces, era la empresa la única beneficiada del conflicto entre información e intimidad: su contraposición servía seguramente de forma mayoritaria al interés empresarial de limitar la información a disposición de las organizaciones representativas. Ahora, la normativa de protección de datos convierte efectivamente al empresario, depositario de datos personales, en garante de los límites establecidos para su tratamiento y, por tanto, en responsable de su posible contravención. Sabemos, en este sentido, que se han impuesto sanciones por las autoridades administrativas especializadas a empresas que han remitido a la representación del personal más datos personales de los necesarios para el ejercicio de una concreta competencia. Vale como ejemplo la resolución AEPD 13 abril 2018, PS/00072/2018 (comentada por Molina Navarrete, 2018, p. 131 ss.), en la que una empresa se conforma al pago de sanción derivada de haber entregado datos personales innecesarios para la gestión de un procedimiento de regulación temporal de empleo.

Por otro lado, las bases sobre las que se resolvió el conflicto de los años 90 han dejado de ser aplicables en la medida en que la noción de dato personal se ha independizado de la intimidad. Como es sabido, la STC 142/1993, 22 abril, que declaró la constitucionalidad de la Ley 2/1991, se basa en que las condiciones del contrato de trabajo, incluyendo las retributivas, no quedan comprendidas en el ámbito personal y familiar protegido por la intimidad, sino que se vinculan con las relaciones “sociales y profesionales” que quedan extramuros del objeto de derecho. En esta misma línea, existen pronunciamientos relativamente antiguos de la jurisdicción ordinaria que hicieron hincapié en el “naturaleza contractual, laboral y profesional” de los implicados en las obligaciones informativas de las empresas para abordar el conflicto con la normativa de protección de datos (STS 19 febrero 2009, rec. 6/2008; véase también STS 3 mayo 2011, rec. 168/2010). Sin embargo, la noción de dato personal que se ha impuesto en la normativa específica (art. 4.1] RGPD: “toda información sobre una persona física identificada o identificable”) hace de todo punto inutilizable esta diferenciación como indicara después la jurisprudencia constitucional (cfr. STS 292/2000, 30 noviembre) e igualmente ha señalado la doctrina (Valverde Asencio, 2013, p. 35 ss.).

Ello obliga, por supuesto, a encontrar un fundamento adecuado para el tratamiento de datos personales que se produce cuando se transmite información a la representación puesto que el amplio concepto normativo de tal noción incluye, entre otras cosas las operaciones de “comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra

forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión” (art. 42.g] RGPD). De este modo, toda comunicación de datos personales a las organizaciones representativas, con independencia de la forma en que se articule, quede sujeta a las reglas del Reglamento General de Protección de Datos y requiere, en definitiva, alguno de los fundamentos que, conforme a su art. 6, la posibilita. En todo caso, encontrarlo no parece tarea muy complicada ni requiere artificios interpretativos o sustanciales modificaciones del entramado legal preexistente.

En este último sentido, no es necesario, en primer lugar, intentar excluir la existencia de tratamiento sobre la base de que las organizaciones representativas no tienen la condición de tercero en relación con las personas a las que representan. Aunque esta vía se ha explorado con fundamento en la comunidad de intereses existentes entre unas y otras (Valverde Asencio, 2013, p. 41 ss.; también, Rodríguez Escanciano, 2019, p. 11), no es fácil aceptarla (*arg. ex art. 4.10] RGPD*). Es claro, por otro lado, que el fundamento del tratamiento no es el consentimiento. De hecho, cuando los tribunales se han enfrentado a argumentos que se han movido en este terreno, los han rechazado sin gran esfuerzo argumental. La argumentación sobre la libertad sindical negativa, ya presente en el recurso de inconstitucionalidad contra la ley 2/1991, se ha replanteado recientemente y, como entonces, ha sido rechazada. En esta línea cabe traer a colación, entre otras, la STS 9/2020, 9 enero, en la que la empresa considera que no debe suministrar la información correspondiente a aquellos centros en los que no existen órganos representativos porque “la entrega de documentación respecto de trabajadores no afiliados a un sindicato podría vulnerar su derecho a la intimidad y a la protección de datos, además de una injerencia en la vertiente negativa del derecho de libertad sindical”. Sin embargo, el TS rechaza este planteamiento que “se evidencia eminentemente genérico, sin mayor precisión ni argumento acerca del contenido de la información objeto de comunicación, ni tampoco de la asunción, que se infiere implícita en su fundamentación, de la conformidad a derecho o legitimidad cuando se trate de los centros de trabajo o provincias en las que sí existe comité de empresa, independientemente de que los afectados estén o no afiliados al sindicato”. Esto último supone, en definitiva, la aceptación que no estaríamos en el terreno del consentimiento, que podría relacionarse con afiliación o con la representación derivada de la participación en las elecciones a la representación legal.

Las cosas son mucho más sencillas. La AEPD en su guía sobre *La protección de datos en las relaciones laborales* (2021, p. 60), afirma que son “el cumplimiento de las obligaciones y el ejercicio de los derechos de los representantes de las personas trabajadoras” los que permiten este tipo de tratamientos, sin necesidad de recabar el consentimiento de los interesados. La primera indicación nos ubica en el terreno del art. 6.1.c) RGPD que considera lícito el tratamiento que “es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento” –esto es, el empresario–; la segunda, probablemente, en el de los que son necesarios “para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales” (art. 6.1.f] RGPD).

Con toda probabilidad, es la aplicación de este doble fundamento el que explica los aspectos problemáticos que se detectan en la praxis jurisprudencial y la presencia de fallos discrepantes. Por un lado, el recurso al art. 6.1.c) RGPD obliga a detectar la existencia de una “obligación legal” que justifique la comunicación de datos. Por supuesto, cabe entender este término en sentido amplio, incluyendo los deberes informativos derivados de los convenios colectivos (*arg. ex* arts. 88 RGPD y 91 LO 3/2018); pero no como equivalente a que la empresa quede vinculada a suministrar cualquier tipo de información que pueda ser interesante a criterio de las organizaciones representativas. La ya citada STC 142/1993 partía de la existencia de un “notable margen de apreciación” del legislador en la configuración de las obligaciones informativas a favor de la representación del personal y no creo que existan razones para poner en cuestión esta afirmación. Ello explica que tanto el ATC 29/2008, 28 enero como la STS cont. 160/2021, 9 febrero, utilicen como primer criterio interpretativo para determinar si es posible o no transferir datos personales la comprobación de la existencia de un deber legal de incluirlos en la correspondiente información; o que, incluso en casos en que se ha admitido que la protección de datos puede no estar en juego, se hayan rechazado pretensiones informativas sobre la base de que la ley establece otra forma de cumplimentarlas, como puede ser la entrega de la copia básica (STS 19 febrero 2009, rec. 6/2008).

Cabe aceptar, por otra parte, que la representación del personal, sobre todo la de naturaleza sindical, ostenta “intereses legítimos” que permiten ir más allá de las obligaciones legales, o convencionales, expresamente impuestas a la empresa. Lo hemos visto claramente en relación con el uso de los instrumentos de comunicación existentes en la empresa a partir de la STC 241/2005. La libertad sindical (art. 28.1 CE) o incluso la obligación de los poderes públicos de promover “eficazmente las diversas formas de participación en la empresa” (art. 129.2 CE) podrían suministrar un fundamento adecuado para justiciar la exigencia y recopilación de datos personales por las organizaciones representativas unitarias. Hay que notar, sin embargo, que la constatación de estos “intereses legítimos” abre un delicado problema interpretativo puesto que el art. 6.1.f) RGPD únicamente los considera relevantes si prevalecen sobre “los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales”. Nos encontramos así ante la necesidad de proceder a un siempre complejo ejercicio de ponderación que puede conducir, o no, a un resultado favorable al tratamiento de datos personales.

En otro orden de consideraciones, pero en estrecha relación, hay que tener en cuenta que la transmisión de datos personales a la representación ha de sujetarse, como todo tratamiento, a los principios establecidos en el art. 5 RGPD, entre ellos el llamado principio de minimización de datos (art. 5.1.c)) que impone que los datos personales sean “adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados”. No basta pues con la concurrencia de un fundamento para realizarlo. Es esta solo una condición necesaria para valorar su legitimidad; pero no es suficiente para afirmarla. Tanto si el derecho de información se basa en el cumplimiento de una obligación legal como, sobre todo, si se fundamenta en los “intereses legítimos” de los

sujetos colectivos, se hace necesario valorar si la inclusión en aquella de datos personales cumple los indicados criterios de adecuación, pertinencia y limitación (por todos, Rodríguez Escanciano, 2019, p. 21).

La consecuencia de todo lo anterior es clara. Existe una específica carga argumental que debe ser liberada antes de proceder a la transmisión de informaciones que incluyan datos personales de quienes son representados. Esta afecta tanto al fundamento que la legitima como a la imposibilidad de alcanzar sus finalidades sin su presencia. El ya citado ATC 29/2008, 28 enero, sea referido en este sentido a la existencia de una “necesidad debidamente justificada”. Y, con toda probabilidad, la carga argumental recae sobre el interesado en el acceso a los datos sin que puede entenderse cumplida mediante una genérica alusión al derecho a la libertad sindical o a las competencias de la representación del personal. En este sentido, la importante STS cont. 160/2021, 9 febrero (comentada por Sempere Navarro, 2021), entiende que “la mera invocación, ayuna de justificación, de la representación sindical no puede servir de excusa para acceder a todo tipo de documentación, si no se quiere por esta vía vaciar el contenido del derecho fundamental a la protección de datos, cuando el titular de los mismos ignore el uso que se hace de sus datos, perdiendo su poder de disposición, en supuestos en los que no se justifica la concurrencia de alguna de las excepciones legalmente establecidas”.

Por supuesto, desde una perspectiva general, ello aporta poco a la solución de la “espinosa relación” existente entre acción colectiva y protección de datos (Molina Navarrete, 2018). Pero hay vías para eliminar la incertidumbre o, cuando menos, para cambiar su signo. En este sentido, el reconocimiento del papel de la negociación colectiva en este terreno (arts. 88 RGPD y 91 LO 3/2018) juega un importante papel. De un lado, si los convenios perfilan adecuadamente los derechos de información se objetivan las obligaciones empresariales y se evita tener que recurrir a la siempre compleja ponderación de intereses legítimos que impone el art. 6.1.f) RGPD. De otro, si lo hacen, se facilita notablemente la tarea de aplicación del principio de minimización. Aunque la citada STJUE 23 marzo 2023, C-34/21, impide eliminarlo, sí cabe pensar que la concreción convencional de la información debida implica, cuando menos, un traslado de la carga de la argumentación que, de las organizaciones representativas, pasaría a la empresa o, en último término, al titular de los datos.

Por último, aunque no por ello menos importante, es claro que, suponiendo que, tras la superación de todos estos límites, determinados datos personales de los representados lleguen al poder de las organizaciones representativas, estas quedan sujetas al deber general de confidencialidad, con base en el art. 65.3 ET (por todas, SAN 178/2017, 11 diciembre); y lo que es más importante por lo que aquí interesa, en cuanto depositarias de este tipo de datos, se convierten en responsables de su tratamiento (art. 4.7] RGPD) y, en cuanto tales, quedan sujetos a las diferentes obligaciones establecidas por la normativa aplicable (Rodríguez Escanciano, 2019, p. 12 y 13). Esto abre específicos problemas interpretativos que requieren un análisis separado.

## 5. Tratamiento de los datos por los representantes

En efecto, en la medida en que las organizaciones representativas acumulan datos de las personas a las que representan, son responsables de su tratamiento a efectos de la regulación de protección de datos. Quedan sujetas, por tanto, a las obligaciones establecidas en el RGPD, lo que tiene muy diferentes consecuencias. No es fácil, por supuesto, entrar en detalles ni agotar todos los posibles problemas que se plantean. Ello es así porque, de un lado, la acumulación puede tener diferentes orígenes, puesto que puede provenir de decisiones voluntarias del titular de los datos –sobre todo, con base en la afiliación– o de su transferencia para el cumplimiento de obligaciones legales o convencionales por parte de quien los había tratado con anterioridad; y, de otro, porque, en razón de su naturaleza, pueden ser datos ordinarios o especialmente protegidos –por afectar, por ejemplo, a la afiliación sindical o a la salud de las personas representadas–. Con todo, creo que es posible hacer algunas indicaciones de alcance general.

La primera de estas hace referencia, por supuesto, a la sujeción de los órganos de la representación unitaria o sindical a los derechos del interesado establecidos en los arts. 12 ss. RGPD, con los diferentes matices que se establecen para algunos de ellos –por ejemplo, en materia de información (cfr. arts. 13 y 14)– en función de la forma en que los datos hayan llegado a sus manos (por ejemplo, Rodríguez Escanciano, 2019, p. 24 y 25). Igualmente, en la medida en que lo sean en función de las circunstancias, hay que considerar aplicables las reglas del capítulo IV RGPD que delimita las obligaciones de responsables y encargados de tratamiento (arg. ex SAN cont. 15 julio 2010, rec. 560/2009, en relación con las relacionadas con la seguridad).

En este primer terreno, tiene especial interés el derecho de oposición del interesado. Si el tratamiento se ha basado en el consentimiento, el art. 7.3 RGPD reconoce al interesado el derecho a retirarlo “en cualquier momento”, sin perjuicio de que ello no afecte a la licitud de los realizados con anterioridad. Por otro lado, para el más frecuente caso en que se fundamente en “la satisfacción de intereses legítimos” del responsable del tratamiento o de un tercero (art. 6.1.f] RGPD), el art. 21.1 RGPD le reconoce su “derecho a oponerse en cualquier momento, por motivos relacionados con su situación particular” siendo limitados los casos en los que el responsable pueda evitar la obligación derivada de su ejercicio de cesar inmediatamente en su tratamiento. En la casuística administrativa se encuentran ejemplos de esta idea, en relación con la oposición a la utilización del correo electrónico, tanto si se trata de una dirección personal como si es la corporativa. La Res. AEPD 23 enero 2018, E-02594-2013, acepta en este sentido que las organizaciones representativas utilicen las direcciones de correo a las que se haya accedido legítimamente, salvo que conste que alguien ha ejercido oposición. Por su parte, la inmediatamente posterior resolución 17 septiembre 2018, TD/00950/2018, afirma la necesidad de contestar expresamente a las peticiones de baja en lista de correos. Otra cosa es quien haya de ser considerado responsable de este tipo de incumplimientos de la normativa de protección de datos. Pero este tema, que se aborda por Res. AEPD 11 agosto 2022 (EXP202103951), en relación con las posibilidades de imputación en el marco

de organizaciones sindicales complejas de los protagonizados por las secciones sindicales, no puede ser afrontado ahora.

No creo, en segundo lugar, que pueda discutirse que pueden encontrarse dos fundamentos que legitiman el tratamiento de los datos por la representación de personal. En algunos casos, señaladamente en el caso de la afiliación sindical, puede encontrarse en el consentimiento (art. 6.1.a] RGPD). En otros, sin embargo, descansará, como acabo de avanzar, en los “intereses legítimos” de las propias organizaciones representativas (art. 6.1.f] RGPD). Eso sí, en cualquiera de ambos casos, será necesario cumplir con el principio de “limitación de la finalidad”, recogido en el art. 5.1.b) RGPD y que impone que los datos personales sean “recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos”, no sean “tratados ulteriormente de manera incompatible con dichos fines” (por todos, Rodríguez Escanciano, 2019, p. 23 y 24). A estos efectos, el art. 6.4 RGPD nos da pistas para valorar su cumplimiento: a falta de consentimiento para el nuevo tratamiento o de una norma adecuada, se impone ponderar los cinco ítems listados en el precepto. Varios de ellos apuntan a excluir que los ulteriores tratamientos realizados por la representación sean “incompatible” con la finalidad inicial. En general, creo que será fácil detectar la “relación entre los fines para los cuales se hayan recogido los datos personales y los fines del tratamiento ulterior previsto” (letra a] así como la existente entre “los interesados y el responsable del tratamiento” (letra b]) y pronosticar que las “consecuencias para los interesados del tratamiento ulterior previsto” serán positivas (letra d]).

De hecho, esta aproximación es la que parece prevalecer en la práctica judicial y administrativa que, por lo general, no viene discutiendo los tratamientos de datos realizados por los representantes, normalmente a través de su comunicación a las personas que representan. Contamos, de entrada, con un cierto número de pronunciamientos que permiten la revelación de datos incluidos entre las categorías especiales del art. 9 RGPD, sobre todo la afiliación sindical. Por un lado, en la línea del art. 9.2.b) RGPD, que autoriza el tratamiento de este tipo de datos “para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del Derecho laboral y de la seguridad y protección social”, se ha rechazado que la protección de datos de los afiliados sea excusa para acreditar la representatividad ostentada efectivamente para acceder a determinados derechos (cfr. SAN cont. 15 noviembre 2013, rec. 477/2012, y, en el orden social, STSJ Madrid 921/2016, 10 noviembre). Tampoco, por otro lado, se ha detectado vulneración de la normativa en relación con las comunicaciones sindicales internas vinculadas a las discrepancias que surgen en las organizaciones puesto que la letra d) del art. 9.2 RGPD permite, en este sentido, los tratamientos de datos de categorías especiales “en el ámbito de sus actividades legítimas y con las debidas garantías, por una fundación, una asociación o cualquier otro organismo sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, siempre que el tratamiento se refiera exclusivamente a los miembros actuales o antiguos de tales organismos o a personas que mantengan contactos regulares con ellos en relación con sus fines y siempre que los datos personales no se comuniquen fuera de ellos sin el consentimiento de los interesados”. Es posible, en este terreno, encontrar resoluciones

de la AEPD que aceptan la comunicación de datos de los afiliados para preservar la integridad de la organización. Ello se advierte, por ejemplo, en la resolución de 26 abril 2021, E-10569-2020, en la que la dirección da cuenta en un correo electrónico en el que aparecen datos personales de una reunión de afiliadas disidentes, utilizando la apariencia de la organización sobre la base de que “el tratamiento realizado se lleva a cabo en el marco de la actividad sindical y dar a conocer la actividad de un grupo de personas afiliadas al sindicato que pueden ser de interés para el resto”; o en la anterior de 2 marzo 2021, PS-00264-2019, en la que el correo electrónico que contiene datos personales de un afiliado (su condición de pensionista de incapacidad permanente) se enmarca en las discrepancias que mantiene con el jefe provincial.

Por otra parte, puesto que en el terreno sindical existe una situación de competencia entre las diferentes opciones se ha admitido divulgaciones de datos personales relacionadas con el propio posicionamiento. Comoquiera que el art. 28.1 CE presupone la pluralidad sindical, el derecho fundamental da cobertura a tratamientos que buscan su mejora o el empeoramiento de la de los rivales. En el primer sentido, cabe traer a colación Res. AEPD 25 septiembre 2019, E/07140/2019, en la que un sindicato remite “una sentencia judicial ... referida a un litigio laboral promovido por trabajadoras de dicho Ayuntamiento, en el que se incluyen los datos de una de las trabajadoras (por una deficiente anonimización de la sentencia) y ... revela que los litigantes son afiliados a dicho sindicato”. En el segundo, es posible citar las SSAN cont. 3 diciembre 2013, rec. 513/2011 (entrega a la prensa de dossier con informaciones personales sobre dirigente de sindicato competidor que obviamente utiliza el dato de su afiliación) y 12 junio 2014, rec. 222/2012 (publicación en web de sentencia por faltas con datos personales de representante sindical de organización competidora, en relación con asunto en el que ambas organizaciones mantienen intereses contrapuestos).

El ejercicio de las competencias de las organizaciones representativas suministra, en otro orden de consideraciones, cobertura para la comunicación de datos de las personas representadas, con base en el art. 6.1.f) RGPD, sin que por lo general pueda apreciarse, como se ha indicado más arriba, la finalidad incompatible con la del tratamiento inicial a la que se refiere el art. 5.1.b) RGPD. Aunque inicialmente surgieron algunas dudas sobre este particular en el ámbito administrativo, la jurisdicción contenciosa ha acabado por reconocerlo. Habida cuenta de ello, en la actualidad encontramos pronunciamientos administrativos y judiciales que lo reconocen. Es cierto que se ha utilizado la libertad sindical para justificarlo; pero creo que la noción de “intereses legítimos” puede servir para dar cobertura a las actuaciones similares de la representación unitaria. Los ejemplos de este planteamiento son varios. Incluyen, de un lado, la comunicación de resultados de procedimientos selectivos (SAN cont. 16 febrero 2012, rec. 215/2010), de concesión de diferentes tipos de ayudas sociales (SSAN cont. 4 marzo 2010, rec. 309/2009, o 20 octubre 2011, rec. 397/2010) o de determinados tipos de retribuciones –gratificaciones extraordinarias– (SAN cont. 28 enero 2013, rec. 454/2011). De otro, y en el ámbito administrativo, aparte la Res. AEPD 24 noviembre 2017, E/07063/2016, en relación con la divulgación de datos relacionada con la conexión de ayudas sociales, puede citarse la Res.

AEPD 20 agosto 2019 E/10392/2018, sobre difusión de un comunicado por la empresa y por una organización sindical en relación con una investigación de acoso. En este último terreno, cabría traer a colación también la SAN cont. 9 septiembre 2022, rec. 1470/2020.

Por supuesto, ello no implica dar cobertura a cualquier tratamiento realizado por la representación del personal, lo que no deja de abrir incertidumbres en relación con las limitaciones. De entrada, los “intereses legítimos” que han de servir de sustento podrían agotarse en el terreno de sus competencias, sin trascender a otros ámbitos, a pesar de su proximidad. En este terreno, cabe notar las reticencias judiciales a la comunicación de datos en apoyo de reclamaciones emprendidas por las personas representadas a título individual. La STSJ Madrid 85/2021, 29 enero, entiende, por ejemplo, que si un comité de empresa pone copias básicas de contratos de trabajo incluyendo datos personales a disposición de un trabajador despedido y su letrado vulnera el deber de confidencialidad; y algo parecido se sostiene en STSJ País Vasco 451/2021, 9 marzo, en relación con los informes en materia preventiva que se ponen a disposición de la representación correspondiente. Por otro lado, subsiste la necesidad de valorar “los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado” (art. 6.1.f] RGPD) que no siempre estarán en línea con los de las organizaciones representativas, como puede advertirse en la SAN cont. 8 febrero 2013, rec. 2/2012, en cuyo supuesto una organización sindical, además de editar folletos informativos, había publicado en su web una lista de personas que se consideraban esquirolas: aunque el ejercicio de la libertad sindical le permitía acudir a la Inspección de Trabajo o a la vía judicial para combatir la eventual práctica empresarial antihuelga, “no era necesario el publicar durante un año en su página web de acceso público y con un enlace directo a otra dirección, los nombres de los denunciados para satisfacer el interés legítimo perseguido sin el consentimiento de éstos”. El principio de “minimización de datos” impone, por último, limitaciones respecto a los que se divulgan. En varias resoluciones (15 septiembre 2020, PS/00086/2020, 6 octubre 2020, PS/00274/2019, confirmada en reposición por res. 2 febrero 2021 y en vía contenciosa por SAN 28 abril 2023, rec. 409/2021, y 20 enero 2021 PS/00231/2020), la AEPD ha considerado contraria a la normativa de protección de datos la difusión de los censos electorales completos, con datos innecesarios para la finalidad perseguida; y más recientemente la Res. AEPD 2 enero 2023, PS-00342-2022, ha llegado a la misma conclusión en relación con el sindicato colgó en la red la composición del comité de huelga, incluyendo los nombres y DNI de sus miembros.

## 6. Referencias bibliográficas

- AEPD. (2021, May). *La protección de datos en las relaciones laborales*. <https://www.aepd.es/es/documento/la-proteccion-de-datos-en-las-relaciones-laborales.pdf>
- Bernal Santamaría, F. (2020). Participación y representación de los trabajadores. A vueltas con los datos salariales de la copia básica del contrato de trabajo: Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 118/2019, de 18 de octubre ECLI: ES:AN:2019:3862. *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 152, 215-243.

- Bernal Santamaría, F. (2021). La labor sindical frente a los protocolos de seguridad en el sector de contact center: Derecho a la intimidad y a la protección de datos de los usuarios vs derecho a la libertad sindical: Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 25 de noviembre de 2020 ECLI:ES:TS:2020:4187. *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 156, 257-282.
- Cremades Chueca, O. (2022). El derecho de información de la representación de los trabajadores sobre los algoritmos y los sistemas de inteligencia artificial en el ordenamiento español: instrumento de protección laboral colectiva en el marco de la tríada protectora del derecho digital del trabajo y la descajanegrización jurídica. In *Protección de los trabajadores e inteligencia artificial: la tutela de los derechos sociales en la cuarta revolución industrial*. (1st ed., pp. 111-134). Atelier.
- García Romero, B. (2021). Prohibición a los representantes de las personas trabajadoras de repartir información en papel para garantizar el derecho a la intimidad de los clientes de la empresa: ponderación del derecho a la protección de datos y del derecho de libertad sindical. *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, 2.
- Goerlich Peset, J. M. (2021). El Acuerdo Marco Europeo sobre Digitalización. *Documentación Laboral*, 122, 49-57.
- Gómez Gordillo, R. (2021). Algoritmos y derecho de información de la representación de las personas trabajadoras. *Temas Laborales*, 158, 161-182.
- Mercader Uguina, J. R. (2023a). Hacia una democracia digital en la empresa. *LABOS Revista de Derecho Del Trabajo y Protección Social*, 4(2), 4-21.
- Mercader Uguina, J. R. (2023b, April 11). *¿Hay vida más allá del RGPD?: Límites a las previsiones legales o convencionales de tratamiento de datos personales en materia laboral (a propósito de la STJUE de 30 de marzo de 2023, asunto C34/21)*. El Foro de Labos.
- Mercader Uguina, J. R., & Puebla Pinilla, A. de la. (2018). Protección de datos y relaciones colectivas. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 423, 63-102.
- Molina Navarrete, C. (2018). Acción sindical y protección de datos: nuevos relatos de una relación espinosa. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 423, 125-142.
- Monereo Pérez, J. L., & Fernández Bernat, J. A. (2016). “Listas negras” de trabajadores conflictivos (a propósito de la STS de 21 de octubre de 2015). *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 16, 83-95.
- Poquet Catalá, R. (2016). De nuevo con las listas negras. *Revista de Información Laboral*, 12, 59-70.
- Rodríguez Escanciano, S. (2011). El derecho a la protección de datos personales de los trabajadores como garantía de la libertad sindical. *Revista General de Derecho Del Trabajo y de La Seguridad Social*, 27.
- Rodríguez Escanciano, S. (2019). Participación de los representantes de los trabajadores en el tratamiento de datos personales: Derechos de información y consulta. *Jurisdicción Social: Revista de La Comisión de Lo Social de Juezas y Jueces Para La Democracia*, 198, 4-68.

- Rodríguez Fernández, M. L. (2023). La participación de las personas trabajadoras en la gobernanza de la transición digital: las experiencias de la Unión Europea y de España. *Revista de Derecho Social*, 101, 107-140.
- Sáez Lara, C. (2022). Gestión algorítmica empresarial y tutela colectiva de los derechos laborales. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 40(2), 283-300.
- Sempere Navarro, A. V. (2021). Fricciones entre acceso a información por parte del sindicato y protección de datos. *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, 4.
- Todoí Signes, A. (2018). La gobernanza colectiva de la protección de datos en las relaciones laborales: “big data”, creación de perfiles, decisiones empresariales automatizadas y los derechos colectivos. *Revista de Derecho Social*, 84, 69-88.
- Todoí Signes, A. (2023). *Algoritmos productivos y extractivos. Cómo regular la digitalización para mejorar el empleo e incentivar la innovación*. Aranzadi.
- Valle Muñoz, F. A. (2023). El derecho de los representantes legales de los trabajadores a ser informados por la empresa sobre el uso de algoritmos o sistemas de inteligencia artificial. *Revista Española de Derecho Del Trabajo*, 266, 41-78.
- Valverde Asencio, A. J. (2013). Protección de datos de carácter personal y derechos de información de los representantes de los trabajadores. *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 119, 13-54.

ARTÍCULOS DOCTRINALES

# La contribución del Tribunal de Justicia a la mejor transposición y aplicación del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada en el ámbito del empleo público temporal. El caso español

The contribution of the Court of Justice to the better transposition and implementation of the Framework Agreement on fixed-term work in the field of temporary public employment. The Spanish case

Javier Gárate Castro

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Santiago de Compostela*

ORCID ID: 0000-0002-1109-7245

Recibido: 22/8/2023

Aceptado: 8/11/2023

doi: 10.20318/labos.2024.8394

*Resumen:* La regulación, empleo y desarrollo de las relaciones de servicios temporales de los empleados públicos es, especialmente en España, frecuente causa de conflictos, una parte de los cuales aparecen motivados por pretendidas incompatibilidades con el Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada. Las dudas sobre dichas incompatibilidades y su solución han animado a los jueces españoles (del orden social y del orden jurisdiccional contencioso-administrativo) al planteamiento de un muy elevado número de peticiones de decisión prejudicial, las cuales llevan al convencimiento de que el empleo público temporal ha venido discurrendo y todavía discurre con arreglo a un marco normativo, prácticas en su utilización y criterios judiciales de interpretación que deben ser objeto de revisión a fin de eliminar sus desajustes con el Derecho Social de la Unión y, en particular, con los declarados por el Tribunal de Justicia. Sin perjuicio de los avances producidos, la regulación española del

---

\*El presente estudio forma parte de los resultados del proyecto de investigación PDI2021-122254OB-100, «La incidencia del Derecho de la Unión Europea en las futuras reformas laborales». A lo largo de aquel se emplean las siguientes abreviaturas: AS (Repertorio Aranzadi Social), EBEB 2015 (Texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre), EBEP 2007 (Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público), ECLI (Identificador europeo de jurisprudencia), JUR (resolución no publicada en los productos CD/DVD de Aranzadi), LRJS (Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social), RJ (*Repertorio de Jurisprudencia*, de Aranzadi) y RJCA (*Repertorio de Jurisprudencia Contencioso-Administrativa*, de Aranzadi).

empleo público temporal presenta aspectos que siguen sin responder a las exigencias de una transposición suficiente de la Directiva 1999/70/CE, por la que se da aplicación al Acuerdo Marco.

*Palabras clave:* Acuerdo Marco sobre trabajo de duración determinada, contratación temporal abusiva, Derecho Social de la Unión, empleo público temporal, no discriminación de los trabajadores temporales.

*Abstract:* The regulation, employment and development of temporary service relations of public employees is, especially in Spain, a frequent cause of conflicts, a part of which appear motivated by alleged incompatibilities with the Framework Agreement on fixed-term work. Doubts about these incompatibilities and their solution have encouraged Spanish judges (of the social order and of the contentious-administrative jurisdictional order) to submit a very high number of requests for a preliminary ruling, which lead to the conviction that temporary public employment has come running and still is running in accordance with a regulatory framework, practices in its use and judicial criteria of interpretation that must be subject to review in order to eliminate its mismatches with EU Labour Law and, in particular, with those declared by the Court of Justice. Notwithstanding the progress made, the Spanish regulation of temporary public employment presents aspects that still do not respond to the requirements of a sufficient transposition of Directive 1999/70/EC, by which the Framework Agreement is applied.

*Keywords:* Abusive temporary contracts, Framework Agreement on fixed-term work, non-discrimination of temporary workers, Social Law of the Union, temporary public employment.

## 1. Introducción

Con independencia de su naturaleza laboral o administrativa, la relación de servicios temporal de los empleados públicos está comprendida en el ámbito de aplicación del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, incluido como anexo de la Directiva 1999/70/CE<sup>1</sup>. Ciertamente, la regulación de esa forma de relación y, por lo tanto, su utilización y desarrollo, se vienen mostrando, en la práctica, especialmente en algunos Estados miembros, como importante y permanente causa de conflictos, muchos de los cuales aparecen motivados por pretendidas incompatibilidades de disposiciones normativas nacionales y de decisiones del empleador público con las exigencias del

<sup>1</sup> Se muestra tajante, respecto de la referida inclusión, el Tribunal de Justicia: «la definición a efectos del Acuerdo Marco del concepto de “trabajador con contrato de duración determinada”, formulada en la cláusula 3, apartado 1, de dicho Acuerdo, engloba a todos los trabajadores, sin establecer diferencias en función del carácter público o privado del empleador para el que trabajan» y con independencia de la calificación que reciba su contrato en el derecho interno. Así, entre otras, sentencia de 4 de julio de 2006 [(asunto C-212/04, Adeneler; ECLI:EU:C:2006:443), apartado 56] y sentencias, todas de 2014, de 13 de marzo [(asunto C-190/13, Márquez Samohano; ECLI:EU:C:2014:146), apartado 38], 3 de julio, [(asuntos acumulados C-362/13, C-363/13 y C 407/13, Fiamingo y otros, ECLI:EU:C:2014:2044), apartado 29] y 26 noviembre [(asuntos acumulados C-22/13, C-61/13, C-63/13 y C-418/13, Mascolo y otros; ECLI:EU:C:2014:2401), apartado 67]; también sentencia de 14 de septiembre de 2016 [(asunto C-16/15, Pérez López; ECLI:EU:C:2016:679), apartado 24].

Acuerdo Marco y, a la postre, por una inadecuada e insuficiente transposición de este. Entre los aludidos Estados miembros figura, de forma destacada, España, cuyos órganos jurisdiccionales han recurrido, hasta la fecha, más que los órganos jurisdiccionales de cualquiera de los demás Estados miembros, a la presentación de peticiones de decisión prejudicial dirigidas a obtener del Tribunal de Justicia respuestas útiles para la solución de aquellos conflictos (de los correspondientes litigios principales).

En España, donde coexisten empleados públicos temporales de régimen laboral (titulares de un contrato de trabajo de duración determinada) y administrativo (personal eventual, funcionarios interinos y personal estatutario eventual), las dudas sobre el referido tipo de incompatibilidades y su solución han animado a los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo y del orden jurisdiccional social al planteamiento de un muy alto número de peticiones de decisión prejudicial. Tales dudas constituyen la principal fuente de las más de cien peticiones de decisión prejudicial elevadas por los jueces españoles desde el 1 de enero de 1986 o, para ser exactos, de las más de cien peticiones presentadas y que han merecido una respuesta de fondo del Tribunal de Justicia. Así las cosas, cabe concluir que el empleo público temporal –tanto el cubierto recurriendo al régimen administrativo como al laboral– sigue estando sometido a un marco normativo acompañado de prácticas de aplicación y criterios judiciales de interpretación merecedores de revisión cuidadosa a fin de eliminar su oposición con el Derecho Social de la Unión. Ello comporta, por descontado, solucionar los desajustes declarados al respecto por el Tribunal de Justicia en sus numerosas resoluciones resolviendo las peticiones de decisión prejudicial de nuestros jueces.

De las peticiones planteadas hasta el 1 de octubre de 2023 por los jueces españoles en asuntos afectados por la Directiva 1999/70/CE, por la que se da aplicación al Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, el Tribunal ha entrado en el fondo de treinta y siete, resueltas por veintidós sentencias<sup>2</sup> y doce autos motiva-

---

<sup>2</sup>De 13 de septiembre de 2007 (asunto C-307/05, Del Cerro Alonso; ECLI:EU:C:2007:509), 22 de diciembre de 2010 (asuntos acumulados C-444/09 y C-456/09, Gavieiro Gavieiro-Iglesias Torres; ECLI:EU:C:2010:819), 8 de septiembre de 2011 (asunto C-177/10, Rosado Santana; ECLI:EU:C:2011:557), 13 de marzo de 2014 (Márquez Samohano), cit., 9 de julio de 2015 (asunto C-177/14, Regojo Dans; ECLI:EU:C:2015:450), 14 de septiembre de 2016 [tres sentencias: Pérez López, cit., Martínez Andrés (asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15; ECLI:EU:C:2016:680) y de Diego Porras (asunto C-596/14; ECLI:EU:C:2016:683)], 20 de diciembre de 2017 (asunto C-158/16, Vega González; ECLI:EU:C:2017:1014), 5 de junio, 5 y 25 de julio y 21 de noviembre (dos sentencias) de 2018 [asuntos C-677/16, Montero Mateos (ECLI:EU:C:2018:393), C-574/16, Grupo Norte Facility (ECLI:EU:C:2018:390), C-96/17, Vernaza Ayovi (ECLI:EU:C:2018:603), C-619/17, de Diego Porras (ECLI:EU:C:2018:936) y C-245/17, Viejobueno Ibáñez (ECLI:EU:C:2018:934), respectivamente], 11 de abril de 2019 (asunto C-29/18, Cobra Servicios Auxiliares; ECLI:EU:C:2019:315), 20 de junio de igual año (asunto C-72/18, Ustariz Aróstegui; ECLI:EU:C:2019:516), 19 de marzo de 2020 (asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18, Sánchez Ruiz-Fernández Álvarez y otras; ECLI:EU:C:2020:219), 22 de enero de igual año (asunto C-177/18, Baldonado Martín; ECLI:EU:C:2020:26), 3 de junio (dos sentencias) y 24 de igual mes de 2021 [asuntos C-726/19, Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario (ECLI:EU:C:2021:439), C-942/19, Servicio Aragonés de Salud (ECLI:EU:C:2021:440) y C-550/19, Acciona Agua (ECLI:EU:C:2021:514), respectivamente], y 30 de junio de 2022 (asunto C-192/21, D. Clemente y Comunidad de Castilla y León; ECLI:EU:C:2022:513).

dos<sup>3</sup>. Pues bien, treinta y dos de esas peticiones corresponden al ámbito del empleo público temporal y han encontrado respuesta de fondo en treinta resoluciones (dieciocho sentencias y doce autos), una buena parte declarando que las disposiciones normativas del derecho español en las que encaja el asunto objeto del litigio principal, las actuaciones seguidas o resoluciones dictadas por el empleador público a la hora de aplicarlas o, en su caso, los criterios judiciales que las interpretan no son conformes con el derecho de la Unión o, en otras palabras, se oponen a lo que disponen las cláusulas 4 y 5 del Acuerdo Marco. Sin duda, todas las resoluciones del Tribunal de Justicia que declaran semejante oposición repercuten, en mayor o menor grado, sobre el desarrollo de las relaciones de empleo público temporal; sin embargo, las soluciones a adoptar para corregir aquella oposición difieren según que resulte afectada una u otra de las referidas cláusulas. Ni que decir tiene que los criterios establecidos al respecto por el Tribunal de Justicia son aplicables para resolver, además de los asuntos objeto de los correspondientes litigios principales, cualesquiera otros asuntos pendientes o futuros sustancialmente iguales suscitados tanto en España (impacto directo) como en los demás Estados miembros (impacto indirecto).

Un número tan elevado de peticiones de decisión prejudicial como el indicado, muy superior al que aparece en los demás Estados miembros en los que también existe empleo público temporal, no puede considerarse que se deba, exclusivamente, al grado de utilización de dicha forma de empleo en España y a una mucho más deficiente o inapropiada transposición, por parte de la normativa española sobre empleo público, del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada. Tampoco permite considerar que se deba a que nuestros jueces son los más inseguros de todos los Estados miembros a la hora de interpretar el Acuerdo y establecer, en el caso concreto, si la referida normativa y las prácticas o resoluciones adoptadas en su aplicación por los empleadores públicos se oponen o no al derecho de la Unión. Puestos a buscar una explicación plausible, esta podría encontrarse en el hecho de que un grupo de jueces españoles (de los órdenes jurisdiccionales social y contencioso-administrativo), pequeño y especialmente receptivo al enjuiciamiento de los asuntos teniendo en cuenta las disposiciones del Acuerdo Marco y la supremacía del derecho de la Unión, ha terminado por hacer que nuestros órganos jurisdiccionales sean, de todos los Estados miembros, los que menos reparos tienen en

---

<sup>3</sup> De 18 de marzo de 2011 (asunto C-273/10, Montoya Medina; ECLI:EU:C:2011:167), 9 de febrero de 2012 (asunto C-556/11, Lorenzo Martínez; ECLI:EU:C:2012:11), 11 de diciembre de 2014 (asunto C-86/14, León Medialdea; ECLI:EU:C:2014:2447), 21 de diciembre de 2016 (asunto C-631/15, Álvarez Santirso; ECLI:EU:C:2016:725), 9 de febrero de 2017 (asunto C-443/16, Rodrigo Sanz; ECLI:EU:C:2017:109), 22 de marzo de 2018 (asunto C-315/16, Centeno Meléndez; ECLI:EU:C:2018:207), 19 de marzo de 2019 (asunto C-293/18, CC.OO; ECLI:EU:C:2019:224), 12 de junio de igual año (asunto C-367/18, Aragón Carrasco; ECLI:EU:C:2019:487), 2 de junio de 2021, [asunto C-103/19 Sindicato Único de Sanidad e Higiene (SUSH) de la Comunidad de Madrid y Sindicato de Sanidad de Madrid de la CGT; ECLI:EU:C:2021:460], 13 de diciembre (dos autos) de igual año, [asuntos C-151/21, BF y Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM) (ECLI:EU:C:2021:1005), y C-226/21, KQ y Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM) (ECLI:EU:C:2021:1010), respectivamente] y 26 de abril de 2022 (asunto C-464/21, QL y Universidad de Barcelona; ECLI:EU:C:2022:337).

solicitar del Tribunal de Justicia respuestas expresas sobre la interpretación de las aludidas disposiciones y la conformidad a ellas de las normas y prácticas nacionales en materia de empleo público.

## 2. En relación con el contenido de la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco

Vulneran la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco las actuaciones de los empleadores públicos basadas en disposiciones normativas que conducen a que su personal temporal se vea privado de alguna ventaja o condición de trabajo de la que disfruta el personal fijo (funcionario, estatutario o laboral) comparable. Respecto de este primer grupo de actuaciones, la solución se presenta, con carácter general, más fácil o sencilla. Se está ante actuaciones que consienten una particular o especial forma de inaplicación de aquellas disposiciones normativas por parte de los jueces y tribunales, mediante la admisión, una vez constatada la falta o insuficiente transposición del Acuerdo Marco en que incurran, del «efecto directo» de la citada cláusula («por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas») y la concesión, en su virtud, del derecho o beneficio negado por la disposición normativa de que se trate, acompañada de la anulación de la resolución administrativa que la aplique<sup>4</sup>.

Oposición a la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada e inaplicación, en el sentido indicado, esto es, por el efecto directo de aquella, es la declaración a realizar por nuestros órganos jurisdiccionales en relación con el precepto de la normativa española que niegue al personal eventual<sup>5</sup>, a los funcionarios interinos, al personal estatutario eventual o sustituto de los servicios de salud<sup>6</sup> o a los trabajadores con contrato de trabajo de duración determinada el acceso a un complemento retributivo (por ejemplo, trienios o un incentivo) o a otra ventaja o condición de trabajo (por ejemplo, una promoción interna, la consolidación de un grado personal superior, el acceso a la situación

---

<sup>4</sup> Advierten sobre el indicado efecto directo de la cláusula, por ejemplo, el apartado 68 y el punto 2 del fallo de la sentencia de 15 de abril de 2008 (asunto C-268-06, Impact; ECLI:EU:C:2008:223) y el apartado 90 y el punto 3) del fallo de la sentencia de 22 de diciembre de 2010 (Gavieiro Gavieiro-Iglesias Torres, cit.) [«La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada (...) es incondicional y suficientemente precisa para poder ser invocada frente al Estado por funcionarios interinos ante un tribunal nacional para que se les reconozca el derecho a complementos salariales, como los trienios controvertidos en el litigio principal, correspondientes al período comprendido entre la expiración del plazo impartido a los Estados miembros para la transposición de la Directiva 1999/70 al derecho interno y la fecha de entrada en vigor de la norma nacional que transpone la Directiva al derecho interno del Estado miembro de que se trate, sin perjuicio del respeto de las disposiciones pertinentes del derecho nacional en materia de prescripción»].

<sup>5</sup> El del art. 12.1 del EBEP 2015.

<sup>6</sup> Arts. 9.2 y 9 bis de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud.

de servicios especiales o la exención de guardias)<sup>7</sup> y reserve su disfrute a los funcionarios de carrera, al personal estatutario fijo<sup>8</sup> o a aquellos cuyo contrato de trabajo sea por tiempo indefinido, apareciendo, en el caso concreto, que la situación de los primeros es comparable a la de los segundos por lo que respecta a la percepción del complemento, ventaja o condición de trabajo y no existe una razón objetiva justificativa de la diferencia de trato.

El reconocimiento por el órgano jurisdiccional nacional del derecho del grupo de empleados públicos discriminados (el personal eventual, los funcionarios interinos, el personal estatutario temporal o los trabajadores con contrato de trabajo de duración determinada) a disfrutar del complemento, de la ventaja o del beneficio de que se trate es el *modus operandi* al que lleva la doctrina de las sentencias Del Cerro Alonso, de 2007<sup>9</sup>, Gavieiro Gavieiro-Iglesias Torres, de 2010<sup>10</sup>, Rosado Santana, de 2011<sup>11</sup>, Regojo Dans, de 2015<sup>12</sup>, y Ustariz Aróstegui, de 2019<sup>13</sup>, así como la de los autos Montoya Medina, de 2011<sup>14</sup>, Centeno Meléndez, de 2018<sup>15</sup>, y KQ y Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM), de 2021<sup>16</sup>. El indicado:

<sup>7</sup> Véanse sentencias de 8 de septiembre de 2011 (Rosado Santana), y 20 de diciembre de 2017 (Vega González), *cits.* Sendos comentarios de estas resoluciones en FERREIRO REGUEIRO, C.: «Principio de no discriminación, promoción interna en la función pública y cómputo de los servicios prestados como funcionario interino», y ARGÜELLES BLANCO, M<sup>a</sup>. A.: «Otra ‘vuelta de tuerca’ para la equiparación del personal temporal y el fijo: el derecho de los funcionarios interinos a la situación de servicios especiales», ambos en el volumen *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles (Estudios ofrecidos a M<sup>a</sup>. Emilia Casas Baamonde)*, GÁRATE CASTRO, J. y MANEIRO VÁZQUEZ, Y. (directores), Universidade de Santiago de Compostela (Santiago de Compostela, 2020), págs. 369 y sigs. y págs. 359 y sigs., respectivamente.

<sup>8</sup> Véase art. 44 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, *cit.*

<sup>9</sup> *Cit.* Un comentario de la sentencia en GÓMEZ MUÑOZ, J. M.: «No discriminación de trabajadores temporales y concesión de primas de antigüedad», en el volumen *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles ...*, *cit.*, págs. 265 y sigs.

<sup>10</sup> *Cit.* Un comentario de la sentencia en RODRÍGUEZ-PINERO ROYO, M.: «Sobre el momento y los límites del derecho de los funcionarios interinos a la percepción de trienios», en el volumen *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles ...*, *cit.*, págs. 273 y sigs.

<sup>11</sup> *Cit.*

<sup>12</sup> *Cit.* Un comentario de la sentencia en MARTÍNEZ BARROSO, M<sup>a</sup>. R.: «Personal eventual de las administraciones públicas y derecho a trienios», en el volumen *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles ...*, *cit.*, págs. 313 y sigs.

<sup>13</sup> *Cit.* Un comentario de la sentencia en DE VAL TENA, A.: «Contratación temporal y discriminación retributiva: inexistencia de razones objetivas», en el volumen *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles ...*, *cit.*, págs. 427 y sigs.

<sup>14</sup> *Cit.* Un comentario del auto en VILLALBA SÁNCHEZ, A.: «Contrato de trabajo de duración determinada del profesorado universitario: derecho a trienios y principio de no discriminación», en el volumen *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles ...*, *cit.*, págs. 281 y sigs.

<sup>15</sup> *Cit.* Un comentario del auto en FERNÁNDEZ PROL, F.: «Principio de no discriminación y funcionarios interinos», en el volumen *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles ...*, *cit.*, págs. 369 y sigs.

<sup>16</sup> Un comentario del auto en MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: «Los nuevos viejos problemas de la discriminación entre trabajadores temporales y fijos en la administración pública española (a propósito de dos autos

- 1) Es el *modus operandi* seguido por el órgano jurisdiccional remitente al pronunciarse sobre el asunto objeto del litigio principal determinante del planteamiento de la cuestión prejudicial a la que da respuesta la sentencia Ustariz Aróstegui, que declara que la aquí contemplada cláusula del Acuerdo Marco «debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que reserva el derecho a un complemento retributivo [de grado] a los profesores funcionarios de carrera, excluyendo, en particular, a los profesores contratados administrativos, si haber cubierto un determinado tiempo de servicios constituye el único requisito para la concesión de dicho complemento». Una vez comprobada la concurrencia de esta condición y la situación comparable de ambos grupos de profesores, no extraña que el órgano jurisdiccional remitente, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Pamplona, haya resuelto el litigio principal admitiendo «el derecho del demandante a acceder en las mismas condiciones que los funcionarios de carrera al complemento del grado con los efectos que se deriven y con reconocimiento de las cantidades» adeudadas «con sus intereses correspondientes»<sup>17</sup>. Se viene así a dejar sin aplicación el art. 11.1 del Decreto Foral 68/2009, de 28 de septiembre, por el que se regula la contratación de personal en régimen administrativo en las administraciones públicas de Navarra, en la versión a la sazón en vigor y del siguiente tenor: «El personal contratado en régimen administrativo percibirá las retribuciones correspondientes al puesto de trabajo que ocupe o función que desempeñe, el premio de antigüedad y la ayuda familiar. Se excluye el grado, como retribución personal básica inherente a la condición del personal funcionario». Felizmente, el pronunciamiento del Tribunal de Justicia constituye uno de los ejemplos de inmediata corrección de la situación a través de la modificación de la disposición normativa opuesta al derecho de la Unión. Procedió a una corrección de tal naturaleza el art. 1 del Decreto-ley Foral 4/2019, de 23 de octubre, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de personal al servicio de las administraciones públicas de Navarra<sup>18</sup>. No todos los poderes normativos (del Estado o de las comunidades autónomas) son tan diligentes a la hora de remediar la falta de conformidad de la normativa de empleo público con el derecho de la Unión.

---

del Tribunal de Justicia de 13 de diciembre de 2021, asuntos C-151/21 y C-226/21)», en el volumen *Estudios sobre la doctrina del Tribunal de Justicia en materia de política social*, GÁRATE CASTRO, J. y MANEIRO VÁZQUEZ, Y. (directores), Thomson Reuters-Aranzadi (Cizur Menor, Navarra, 2022), págs. 109 y sigs.

<sup>17</sup> Sentencia de 25 de julio de 2019 [procedimiento abreviado 59/2017 (JUR 2020/156088; ECLI:ES:JCA:2019:3644)].

<sup>18</sup> La conexión entre la modificación y la sentencia Ustariz Aróstegui se confiesa, de forma expresa, en el preámbulo del referido Decreto-ley Foral. Con la modificación, el art. 11.1 del Decreto Foral 68/2009 pasó a disponer que «el personal contratado en régimen administrativo percibirá las retribuciones correspondientes al puesto de trabajo que ocupe o función que desempeñe, el premio de antigüedad, la retribución correspondiente al grado y la ayuda familiar».

- 2) Es el *modus operandi* que se aprecia en la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 7ª) de 21 de enero de 2016<sup>19</sup> al resolver el litigio principal origen del planteamiento de la petición de decisión prejudicial a la que da respuesta la sentencia Regojo Dans y reconocer a la recurrente, que desempeñaba tareas administrativas (no de confianza o de asesoramiento especial, en el sentido del art. 12.1 del EBEP 2007 y 2015) al amparo de su nombramiento como personal eventual y en situación comparable a la de los funcionarios de carrera ocupados en iguales tareas, el derecho a la percepción de trienios que le había sido negado por la administración pública empleadora (el Consejo de Estado) en virtud de lo establecido en las sucesivas leyes de presupuestos generales del Estado y, últimamente, en virtud del art. 26.4 de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de presupuestos generales del Estado para el año 2012.
- 3) Es el *modus operandi* seguido por la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de Pontevedra de 14 de febrero de 2011<sup>20</sup> al fallar en el litigio principal origen del planteamiento de la petición de decisión prejudicial tramitada como asunto C-456/09, resuelta por la sentencia Gavieiro Gavieiro-Iglesias Torres, y condenar a la administración pública demandada (Junta de Galicia) a abonar a la demandante, funcionaria interina de la Consejería de Educación y Ordenación Universitaria, «con plena admisión del efecto propio de la aplicación directa de la Directiva 1999/70/CE sobre el trabajo con contrato de duración determinada (*sic*), que consagra la plena equiparación entre personal temporal y personal fijo»: 1) «los atrasos derivados de su derecho al pago de trienios generados por servicios prestados como interina por el período previo a la entrada en vigor del art. 25.2 del Estatuto Básico del Empleado Público» (de 2007) y desde la fecha de expiración del plazo concedido a los Estados miembros para la trasposición al derecho interno de la referida Directiva (10 de julio de 2001)<sup>21</sup>; y 2) la cantidad a que asciendan las diferencias provocadas por lo anterior sobre «los trienios generados como interina que se le vinieron a reconocer» a raíz de aquella entrada en vigor.
- 4) Es el *modus operandi* seguido por la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 12 de Sevilla de 9 de diciembre de 2011<sup>22</sup> al pronunciarse en el litigio principal conducente al planteamiento de la petición

<sup>19</sup> RJ 2016/432; ECLI:ES:TS:2016:180.

<sup>20</sup> Procedimiento abreviado 291/2009 (RJCA 2011/224; ECLI:ES:JCA:2011:9).

<sup>21</sup> En igual sentido, aplicando la doctrina de la sentencia Gavieiro Gavieiro-Iglesias Torres, sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 4 de Santa Cruz de Tenerife de 7 de febrero de 2011, procedimiento abreviado 361/2010 (RJCA 2011/96; ECLI:ES:JCA:2011:3); nulidad, por «no conforme a derecho» y, «en concreto, [por] contraria al derecho de la Unión Europea (...), de aplicación directa ante su defectuosa transposición a nuestro derecho interno por el art. 25.2 EBEP» 2007, de la resolución administrativa que denegó el derecho al disfrute de trienios de una funcionaria interina al servicio de la Administración de Justicia en Canarias por el período no prescrito anterior a la entrada en vigor del citado precepto del EBEP.

<sup>22</sup> Procedimiento abreviado 394/2009 (RJCA 2011/913; ECLI:ES:JCA:2011:139).

de decisión prejudicial resuelta por la sentencia Rosado Santana y declarar la nulidad de la resolución administrativa (de la Secretaría General para la Administración Pública de la Junta de Andalucía) que anuló el nombramiento del demandante como funcionario de carrera del grupo C, por turno de promoción interna, por resultar únicamente computables, a efectos de los diez años de prestación de servicios como funcionario del grupo D exigidos para la participación en las correspondientes pruebas selectivas, los servicios prestados como funcionario de carrera y haberse valido aquel, en este punto, tanto servicios prestados en tal calidad como en calidad de funcionario interino. Razona al respecto la sentencia<sup>23</sup>, en primer lugar, que cualquier norma española que se oponga al cómputo del período de servicios que los participantes en el proceso selectivo de referencia hayan prestado como funcionarios interinos del grupo D, «no puede ser aplicada ni por la administración ni por los tribunales nacionales, en tanto que vulneradora de la Directiva 1999/70 (*sic*), la cual goza de primacía normativa» sobre aquella; en segundo lugar, que la restricción en el sentido indicado contenida en las bases de la convocatoria de dicho proceso selectivo de promoción interna «ha de considerarse nula de pleno derecho y sin efecto alguno, debiendo apreciarse tal defecto de oficio, sin necesidad de alegación o impugnación previa por parte del interesado».

- 5) Es el *modus operandi* seguido por la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 16 de junio de 2011<sup>24</sup> al resolver el litigio principal que llevó a la Sala a plantear la petición de decisión prejudicial resuelta por el auto Montoya Medina y confirmar la sentencia de instancia que había reconocido al recurrente el derecho a percibir trienios durante el período de servicios prestados en la Universidad de Alicante como profesor ayudante doctor (temporal). La Sala valenciana confirma la aludida sentencia de instancia por apreciar que la situación de los profesores ayudantes doctores es comparable a la de los profesores contratados doctores (por tiempo indefinido), únicos de las dos categorías de profesores a los que la normativa aplicable (los arts. 14.1 y 15 del Decreto 174/2002, de 15 de octubre, del Gobierno valenciano, sobre régimen y retribuciones del personal docente e investigador contratado laboral de las universidades públicas valencianas y sobre retribuciones adicionales del profesorado universitario) concede los trienios como concepto integrante de sus retribuciones.
- 6) Es el *modus operandi* seguido por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de Zaragoza tras recibirse por el número 2 de ellos la respuesta a su petición de decisión prejudicial resuelta por el auto Centeno Meléndez, según el cual la normativa interna de la Universidad de Zaragoza reguladora del sistema de carrera profesional horizontal del personal de administración y servicios era

<sup>23</sup> Fundamento de derecho sexto, *in fine*.

<sup>24</sup> AS 2011/1930; ECLI:ES:TSJCV:2011:4112.

contraria a la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada en la medida en que reservaba a los funcionarios de carrera y al personal laboral fijo la participación en aquel sistema y, con ello, el disfrute del consiguiente complemento retributivo. Resultado inmediato del referido auto fue la anulación, por los mencionados Juzgados, de las resoluciones de la Universidad de Zaragoza que habían denegado la participación de los demandantes en el sistema en cuestión por el simple hecho de ser funcionarios interinos<sup>25</sup>.

- 7) Es el *modus operandi* que adopta la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Toledo de 31 de enero de 2022<sup>26</sup> al resolver el litigio principal origen del planteamiento de la petición de decisión prejudicial objeto del auto KQ y Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM), en el que el Tribunal de Justicia declara que «la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada (...), debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional en virtud de la cual el derecho de exención de guardias se concede a los trabajadores con contrato de duración indefinida y no a los trabajadores con contrato de duración determinada». Recibida tal respuesta, el órgano jurisdiccional remitente procedió a reconocer el referido derecho a la demandante, médica del SESCAM en virtud de su nombramiento como personal estatutario eventual.

En fin, también hubiera sido, sin duda, el *modus operandi* del órgano jurisdiccional remitente en el asunto Del Cerro Alonso. Lo hubiera sido si dicho órgano jurisdiccional —el Juzgado de lo Social número 1 de San Sebastián— hubiese mantenido su competencia para conocer de los conflictos del personal estatutario de la seguridad social en el momento de recibir la contundente respuesta del Tribunal de Justicia declarando: 1) que «el concepto de “condiciones de trabajo” a que se refiere la cláusula 4, punto 1, del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada (...) debe interpretarse en el sentido de que puede servir de fundamento a una pretensión como la controvertida en el procedimiento principal, dirigida a que se asigne a un trabajador con un contrato de duración determinada una prima de antigüedad reservada por el derecho nacional únicamente a los trabajadores fijos»; y 2) que la misma cláusula y punto «debe interpretarse en el sentido de que se opone al establecimiento de una diferencia de trato entre trabajadores con un contrato de

<sup>25</sup> Véanse sentencias del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de 15 de mayo de 2018 [tres sentencias correspondientes, una, al procedimiento abreviado 302/2016-B (JUR 2020/194192, ECLI:ES:JCA:2018:8683), otra, al procedimiento abreviado 303/2016 (*Repertorio Oficial de Jurisprudencia*, base de datos del Centro de Documentación Judicial –Consejo General del Poder Judicial– SJCA 8650/2018, ECLI:ES:JCA:2018:8650) y la última al procedimiento abreviado 304/2016-L (JUR 2020/194667, ECLI:ES:JCA:2018:8651)] y del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 5 de 18 de igual mes y año [otras tres sentencias correspondientes, una, al procedimiento abreviado 185/2016/Ac (JUR 2020/196945; ECLI:ES:JCA:2018:9250), otra, al procedimiento abreviado 299/2016 (JUR 2020/196012, ECLI:ES:JCA:2018:9249) y la última al procedimiento abreviado 300/2016 (JUR 2020/195829, ECLI:ES:JCA:2018:9252)].

<sup>26</sup> Procedimiento abreviado 217/2020 (JUR 2022190169; ECLI:ES:JCA:2022:870).

duración determinada y trabajadores fijos que esté justificada por la mera circunstancia de que esté prevista por una disposición legal o reglamentaria de un Estado miembro o por un convenio colectivo celebrado entre la representación sindical del personal y el empleador». Mala suerte tuvo la demandante, pues unos meses después de la presentación de la petición de decisión prejudicial la competencia para resolver el conflicto que le enfrentaba con su administración empleadora pasó a la jurisdicción contencioso-administrativa, de acuerdo con el criterio finalmente establecido por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo<sup>27</sup>. Al Juzgado de lo Social número 1 de San Sebastián no le quedó otro remedio que apreciar «de oficio la falta de competencia objetiva del orden jurisdiccional laboral», «desestimar la demanda interpuesta (...) contra el Servicio Vasco de Salud» y declarar «que el orden jurisdiccional competente es el contencioso administrativo, ante cuyos tribunales [la demandante, Sra. Del Cerro Alonso] podrá formular la correspondiente demanda»<sup>28</sup>.

Desde luego, cabía esperar, *prima facie*, que la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (sede en Valladolid) resolviendo el litigio principal en cuyo curso se tramitó la petición de decisión prejudicial a la que responde la sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de junio de 2022, D. Clemente y Comunidad de Castilla y León, cit., también hubiera recurrido al efecto directo de la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco y, en su virtud, hubiese reconocido que el período de servicios del recurrente como funcionario interino en un puesto de trabajo de nivel superior al del puesto que pasó a ocupar a raíz de la adquisición de la condición de funcionario de carrera es computable, una vez producida tal adquisición, a efectos de la consolidación del grado personal inherente a aludido puesto de nivel superior. Al final no ha sido así por la forma en que aquella sentencia de la Sala del Tribunal Superior de Justicia, de 7 de diciembre de 2022<sup>29</sup>, proyecta sobre la normativa nacional aplicable su interpretación del razonamiento de la sentencia del Tribunal de Justicia. El Tribunal Superior de Justicia considera que la referida normativa nacional<sup>30</sup> no produce una discriminación del funcionario interino que ampare la aplicación de la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco. No admite discusión que tal cláusula pide que la consolidación de un grado personal superior por los funcionarios deba determinarse computando de igual manera los servicios temporales prestados en un puesto del nivel correspondiente a aquel grado por los funcionarios de carrera y por los funcionarios interinos; así las cosas, desde el momento en que la normativa nacional aplicable impide que los de carrera que cubran temporalmente un puesto cuyo nivel se corresponda con un grado personal superior al del nivel del puesto ocupado con carácter definitivo tengan un derecho automático a

<sup>27</sup> Remito aquí a dos sentencias de 16 de diciembre de 2005, de casación ordinaria (RJ 2005/7821 y RJ 2006/533, respectivamente; recursos 39/2004 y 199/2004, también respectivamente), y a otras dos sentencias de 21 de igual mes y año, de unificación de doctrina y de Sala General (RJ 2006/535 y RJ 2006/1793, respectivamente; recursos 4758/2004 y 164/2005, también respectivamente).

<sup>28</sup> Sentencia de 11 de octubre de 2007 [procedimiento 907/2004 (JUR2019/227453; ECLI:ES:JSO:2007:52)].

<sup>29</sup> Recurso de apelación 194/2020 (JUR 2023/37442; ECLI:ES:TSJCL:2022:5232).

<sup>30</sup> Los arts. 3, 4 y 5 del Decreto de la Consejería de Presidencia de la Comunidad Autónoma de Castilla y León 17/2018, de 7 de junio, por el que se regula la consolidación, convalidación y conservación del grado personal.

consolidar ese grado superior, no hay razón para reconocer que los interinos que hayan pasado por igual situación tengan tal derecho tras adquirir la condición de funcionarios de carrera. Si así fuese, se produciría una situación de discriminación en perjuicio, no de los funcionarios interinos, sino de los de carrera (una situación de discriminación inversa, pues)<sup>31</sup>. No comparten semejante conclusión los sendos votos particulares que acompañan a la sentencia a la que se acaba de hacer referencia y a otra de igual fecha y Tribunal<sup>32</sup> resolviendo litigio sustancialmente igual<sup>33</sup>.

Un número tan elevado de fallos del Tribunal de Justicia y de los jueces españoles declarando, respectivamente, la oposición al derecho de la Unión –a la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco– de preceptos de disposiciones normativas (estatales, autonómicas e, incluso, de universidades públicas) reguladoras del régimen jurídico de los empleados públicos temporales y la nulidad de las resoluciones o acuerdos administrativos dictados a su amparo, muestra la conveniencia de la modificación de aquellas –o de cualesquiera otras que incluyan preceptos sustancialmente iguales– en orden a la supresión de cuantas reglas acusen la mencionada oposición. En verdad, no faltan casos ejemplares, como el del art. 11.1 del Decreto Foral 68/2009, de 28 de septiembre, ya mencionado, de supresión de la disconformidad con el derecho de la Unión; sin embargo, todavía queda camino por andar. Cabe hablar de modificaciones normativas deseables y no descartables; algunas deseables y no descartables a la vista de lo declarado, en relación con las disposiciones normativas que deberían asumirlas, por el propio Tribunal de Justicia. Lejos de eliminar la necesidad y conveniencia de esas modificaciones, el que los órganos jurisdiccionales nacionales deban recurrir, a falta de ellas, al efecto directo de la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco y dejar de aplicar los correspondientes preceptos hace más inexplicable y criticable que no se haya procedido a su realización. No cabe perder la esperanza de que el grupo de fallos del Tribunal de Justicia al que se viene haciendo referencia pueda llevar algún día a la oportuna modificación del tipo de preceptos afectados. No cabe perder la esperanza, por ejemplo, de que la sentencia Regojo Dans, de 2015, termine por llevar a la supresión, en alguna de las futuras leyes de presupuestos generales del Estado, del precepto que, de forma incondicionada, viene excluyendo los trienios de las retribuciones a las que tiene derecho el personal eventual<sup>34</sup>. No cabe perder la esperanza de que el auto Montoya Medina termine por conducir a una modificación del Decreto

<sup>31</sup> Cfr. apartados 47, 48 y 49 de la sentencia del Tribunal de Justicia ahora contemplada.

<sup>32</sup> Recurso de apelación 220/2020 (JUR 2023/36933; ECLI:ES:TSJCL:2022:5234).

<sup>33</sup> De acuerdo con los indicados votos particulares, «la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada (...), en los términos en que ha sido interpretada por el TJUE, se opone a que, en aplicación del art. 3 del Decreto 17/2018, de 7 de junio, al funcionario interino que adquiere posteriormente la condición de funcionario de carrera, a efectos de la consolidación de su grado personal, no se le reconozcan los servicios prestados en los puestos de trabajo del nivel que se pretende consolidar por no haber sido titular del puesto con carácter definitivo».

<sup>34</sup> Lo sigue haciendo, en iguales términos que las leyes de presupuestos anteriores, el art. 23.Cuatro de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023: «El personal eventual percibirá las retribuciones por sueldo y pagas extraordinarias correspondientes al grupo o subgrupo de clasificación al que el Ministerio de Hacienda y Función Pública asimile sus funciones y las retribuciones

174/2002, de 15 de octubre, del Gobierno valenciano, en virtud de la cual se reconozca que los profesores ayudantes doctores de las universidades públicas valencianas también tienen derecho a trienios<sup>35</sup>. No cabe perder la esperanza de que el auto KQ y Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM) termine por conducir a que el art. 15.1 de la Ley 1/2012, de 21 de febrero, de dicha comunidad autónoma, se modifique para que el derecho a la «exención de guardias por motivos de edad, con participación voluntaria en módulos de actividad adicional», deje de estar supeditado al requisito de que el solicitante tenga la condición de «personal facultativo fijo de atención especializada o atención primaria» o de «personal de enfermería fijo de atención primaria».

Ciertamente, la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, dista mucho de suponer un importante hito en el proceso de eliminación del tipo de situaciones que se han descrito y consecución efectiva del objetivo de la cláusula 4 del Acuerdo Marco, de equiparación del régimen de servicios del personal temporal y del fijo con base en el respeto del principio de no discriminación. Si se prefiere, sigue sin haber aquí una adecuada transposición del Acuerdo Marco. Aquella consecución precisa algo más que la nueva redacción que dicha ley da al apartado 5 del art. 10 del EBEP 2015, según el cual «al personal funcionario interino le será aplicable el régimen general del personal funcionario de carrera en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición temporal [hasta aquí no hay cambio alguno] y al carácter extraordinario y urgente de su nombramiento, salvo aquellos derechos inherentes a la condición de funcionario de carrera». También precisa algo más que lo previsto por el art. 9 ter de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, introducido por el Real Decreto-ley 12/2022, de 5 de julio; dispone dicho precepto, de forma similar al art. 10.5 del EBEP 2015, que al personal estatutario temporal y sustituto «le será aplicable el régimen general del personal estatutario fijo en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición temporal y al carácter de su nombramiento, salvo aquellos derechos inherentes a la condición de personal estatutario fijo».

### 3. En relación con el contenido de la cláusula 5 del Acuerdo Marco

El otro gran grupo de casos origen de peticiones de decisión prejudicial y resoluciones del Tribunal de Justicia sobre las relaciones temporales de empleo público está compuesto por las disposiciones normativas y prácticas, actuaciones o resoluciones de los empleadores

---

complementarias que correspondan al puesto de trabajo, reservado a personal eventual, que desempeñe, siendo de aplicación a este colectivo lo dispuesto en el párrafo B) del apartado uno de este artículo».

<sup>35</sup> No me consta que tal modificación se haya producido. Desde luego, no la han hecho el capítulo XX de Ley 13/2016, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat, y el capítulo XI del título II de la Ley 7/2021, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat 2022. Tampoco lo ha hecho el capítulo V del título III de la Ley 8/2022, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat.

públicos que suponen o podrían suponer la utilización del empleo temporal de forma abusiva e incompatible con lo dispuesto en la cláusula 5 del Acuerdo Marco. Respecto de los casos que lo componen y de otros pendientes o futuros sustancialmente iguales que lleguen al conocimiento de los tribunales laborales o del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, la solución es bien diferente de la que corresponde al grupo de casos en los que la cláusula del Acuerdo Marco afectada es la 4.1. A diferencia de esta, la cláusula 5 carece de efecto directo y, por lo tanto, no admite que los particulares puedan invocarla ante los tribunales nacionales o frente al empleador público con la finalidad de excluir la aplicación de las disposiciones del derecho nacional contrarias a ella<sup>36</sup>. Se impone, pues, la búsqueda de otras vías que permitan atacar y neutralizar, de modo eficaz, los efectos de esas disposiciones y de las actuaciones del empleador público que favorezcan o produzcan la utilización abusiva que persigue prevenir y sancionar el Acuerdo Marco.

Entre las vías a las que se acaba de hacer referencia figura la aplicación de las aludidas disposiciones nacionales interpretándolas en modo que permita garantizar la plena efectividad del derecho de la Unión, esto es, recurriendo a la conocida como interpretación conforme, acompañada, en su caso, del abandono o corrección de los criterios judiciales que impliquen interpretaciones no conformes<sup>37</sup>, incluso cuando procedan de órganos jurisdiccionales superiores. Dicho sea de paso, ello resulta coherente con la obligación de los jueces y tribunales españoles de aplicar el derecho de la Unión «de con-

---

<sup>36</sup> Como ha tenido oportunidad de señalar en reiteradas ocasiones el Tribunal de Justicia, los términos de la cláusula no son incondicionales ni suficientemente precisos para permitir una invocación como la indicada [así, entre otras, sentencia de 15 de abril de 2008 (Impact), cit., apartados 79 y 80 y punto 2) del fallo]. Sobre la general inviabilidad de semejante invocación cuando las disposiciones del derecho de la Unión carecen de efecto directo es terminante la sentencia de 24 de junio de 2019 (asunto C-573/17, Popławski; ECLI:EU:C:2019:530): «cualquier juez nacional que conozca de un asunto, en el marco de su competencia, estará obligado, como órgano de un Estado miembro, a abstenerse de aplicar cualquier disposición nacional contraria a una disposición del derecho de la Unión con efecto directo en el litigio de que conoce» (apartado 61); en cambio, «no cabrá invocar, como tal, una disposición del derecho de la Unión carente de efecto directo en un litigio al que se aplique el derecho de la Unión, con el fin de excluir la aplicación de una disposición de derecho nacional que le sea contraria» (apartado 62); «la invocación de la disposición de una directiva que no sea suficientemente clara, precisa e incondicional para que se le reconozca efecto directo no puede dar lugar, sobre la base exclusivamente del derecho de la Unión, a que el órgano jurisdiccional de un Estado miembro excluya la aplicación de una disposición nacional» (apartado 64).

<sup>37</sup> Como las apuntadas, por ejemplo, en el apartado 80 y en el punto 2) del fallo de la sentencia de 19 de marzo de 2020 (Sánchez-Ruiz-Fernández Álvarez y otras), así como en los apartados 61, 66, 68, 69, 77 y 88 y en el punto 1) del fallo de la sentencia de 3 de junio de 2021 (Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario), cits. Un comentario de la primera sentencia en GÁRATE CASTRO, J.: «Sobre las incompatibilidades con el derecho de la Unión de las disposiciones normativas y prácticas judiciales y administrativas españolas en materia de empleo público temporal (A propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de marzo de 2010, Sánchez Ruiz-Fernández Álvarez y otras, asuntos acumulados C-103-18 y C-429/18)»; de la segunda, en ORDÓNEZ SOLIS, D.: «El abuso en el empleo público temporal en la perspectiva judicial y legislativa (sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de junio de 2021, Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario, asunto C-726/19)», ambos en el volumen *Estudios sobre la doctrina del Tribunal de Justicia en materia de política social*, cit., págs. 53 y sigs. y págs. 91 y sigs., respectivamente.

formidad con la jurisprudencia» del Tribunal de Justicia<sup>38</sup>. Las mismas interpretaciones conformes pueden llevar al abandono o a la corrección, *ad futurum*, de las prácticas de los empleadores públicos que no encajen en ellas.

Dando un paso más, el órgano jurisdiccional que conozca del asunto y entienda que la normativa nacional en juego carece de medida efectiva alguna de prevención y sanción de la utilización abusiva del empleo temporal y, a la postre, no es susceptible de interpretación conforme que evite esta, podría llegar a decidir, *in extremis*, armándose de valentía y en función de las particulares circunstancias del caso, la inaplicación de aquella basándose en la consecución del efecto útil del Acuerdo Marco y sirviéndose de la doctrina de la sentencia de 4 de julio de 2006<sup>39</sup>, en la que el Tribunal de Justicia declaró, a la vista de las aludidas circunstancias, que «el Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada debe interpretarse en el sentido de que, si el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trata no contiene, en el sector considerado, ninguna medida efectiva para evitar y sancionar, en su caso, la utilización abusiva de contratos de duración determinada sucesivos, dicho Acuerdo impide aplicar una normativa nacional que, solo en el sector público, prohíbe absolutamente transformar en contrato de trabajo por tiempo indefinido una sucesión de contratos de duración determinada que han tenido por objeto, de hecho, hacer frente a “necesidades permanentes y duraderas” del empleador y deben considerarse abusivos».

Salvo que se den los presupuestos que permitan adoptar la anterior solución a las relaciones administrativas de servicios de duración determinada, lo cual no es nada fácil que suceda a la vista de la doctrina de la Sala de lo Contencioso-Administrativo

---

<sup>38</sup> Art. 4 bis.1 de la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Un caso de interpretación conforme, a la luz de las consideraciones de la sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de junio de 2021, (Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario), cit., en sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 30 de igual mes y año (RJ 2021/3974): «en la interpretación del derecho interno, los órganos judiciales nacionales estamos obligados a garantizar el resultado perseguido por el derecho de la Unión y evitar el abuso en la contratación temporal constituye objetivo básico del mismo». Téngase en cuenta que la doctrina que establezca el Tribunal de Justicia en interpretación del derecho de la Unión con un valor uniforme para todos los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros constituye, en España: 1) «jurisprudencia» cuya infracción por parte del órgano jurisdiccional que haya conocido del asunto en primera y única instancia es susceptible de ser examinada a través del recurso de suplicación [cfr. art. 193.c) de la LRJS] o de casación ordinaria [cfr. art. 207.e) de la LRJS]; y 2) doctrina de contraste a efectos de la interposición de recurso de casación para la unificación de doctrina contra las sentencias dictadas por las salas de lo social de los tribunales superiores de justicia que entren en contradicción con aquella (art. 219.2 de la LRJS). Sobre el asunto véase el magnífico trabajo de MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: «La infracción de la normativa y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia como motivo de acceso a los recursos de suplicación y casación», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 47, diciembre 2017, págs. 308 y sigs. De apreciar la contradicción, el Tribunal Supremo queda obligado a la estimación del recurso y a casar y anular la sentencia recurrida. Un caso de apreciación de la contradicción, aunque referido a una sentencia de contraste resolviendo petición de decisión prejudicial planteada por juez austriaco [la sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de febrero de 2008 (asunto C-506/06, Sabine Mayr; ECLI:EU:C:2008:119)], en sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 4 de abril de 2017, de casación para la unificación de doctrina (RJ 2017/1981, recurso 3466/2015).

<sup>39</sup> Asunto C-212/0, Adeneler, cit.

del Tribunal Supremo<sup>40</sup>, lo que le queda al empleado público afectado es emprender el calvario, de resultado incierto, de reclamar al Estado el resarcimiento de los perjuicios sufridos como consecuencia del incumplimiento del Acuerdo Marco. Me viene a la memoria la decisión de desistir de emprender ese camino tomada por el Sr. Wagner Miret, en relación con el incumplimiento de la Directiva 80/987/CEE (hoy sería la Directiva 2008/94/CE), cuando el órgano jurisdiccional remitente, una vez recibida la notificación de la sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 1993<sup>41</sup>, resolvió el asunto principal iniciado por aquel optando por dejarle abierta la expresada posibilidad de reclamación por su exclusión, como personal de alta dirección, de la protección a cargo del Fondo de Garantía Salarial como institución encargada del aseguramiento del pago de las cantidades adeudadas por el empresario<sup>42</sup>. El Sr. Wagner Miret adoptó su decisión por desesperación.

En honor de la verdad, la solución del problema mediante una de esas dos últimas vías puede llegar a ser en buena medida innecesaria como consecuencia de los cambios introducidos en materia de empleo público temporal por la ya citada Ley 20/2021, de 28 de diciembre. Con carácter general, los aludidos cambios, que no son ajenos a la influencia de la doctrina del Tribunal de Justicia<sup>43</sup>, evidencian la voluntad del legislador de establecer en nuestro ordenamiento jurídico medidas efectivas y adecuadas de prevención y sanción de la utilización abusiva de la temporalidad, anteriormente inexistentes. A pesar de que la Ley ahora contemplada se abstenga de advertir que aquellos cambios se adoptan en transposición de la Directiva 1999/70/CE<sup>44</sup>, lo cierto es que las medidas que comprenden permitirían considerar cumplida, *prima facie* y, al menos, parcialmente<sup>45</sup>, la

---

<sup>40</sup> Como la contenida, señaladamente, en las sentencias de 26 de septiembre de 2018 (dos sentencias; RJ 2018/4062 y RJ 2018/4063, recursos 785/2017 y 1305/2017, respectivamente).

<sup>41</sup> Asunto C-334-92, ECLI:EU:C:1993:945.

<sup>42</sup> Véase sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 16 de febrero de 1994 (AS 1994/577; recurso de suplicación 1388/1992). Tuvo ocasión de volver a aplicar el criterio la sentencia de igual Sala y Tribunal de 11 de noviembre del mismo año (AS 1994/4364, recurso de suplicación 3904/1994).

<sup>43</sup> Como revela el preámbulo de la propia Ley (apartados I y IV).

<sup>44</sup> Tampoco consta que se haya informado de ellas a la Comisión.

<sup>45</sup> Ciertamente, cabe cuestionar que respondan de modo cabal, sin dejar huecos, a cualesquiera posibles situaciones de utilización abusiva del empleo temporal como, por ejemplo, las producidas por sucesivas renovaciones de nombramientos para continuar cubriendo los afectados la realización de iguales o análogas funciones. La falta de respuesta a tales situaciones no parece conciliable con la cláusula 5.2 del Acuerdo Marco [«Los Estados miembros (...) determinarán en qué condiciones los contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada» se considerarán «sucesivos»]. Asimismo, cabe cuestionar si constituye una medida sancionadora de la utilización abusiva del empleo temporal, compatible con la cláusula 5.1 del Acuerdo Marco, el hecho de que la Ley 20/2021 (su art. 2.6) solo reconozca derecho a una indemnización a los empleados públicos temporales víctimas de la aludida utilización abusiva y cuya relación de servicios se extinga por no haber superado el proceso selectivo de estabilización al que hubieran concurrido con el propósito de regularizar su situación, de modo que se deja sin sancionar, a través del reconocimiento de algún tipo de indemnización, la misma utilización abusiva a la que hubiesen estado sometidos los que superen tal proceso. Muestra de esa posibilidad de cuestionar que las actuales medidas de prevención y sanción de la utilización abusiva de la temporalidad en el empleo público se acomoden plenamente a las exigencias de la

exigencia de una transposición suficiente, en el ámbito de las relaciones administrativas de servicios de duración determinada, de dicha Directiva en relación con el contenido de la cláusula 5 del Acuerdo Marco. Los cambios realizados se proyectan, además de sobre los funcionarios interinos y el personal laboral temporal, a través de la nueva redacción que recibe el art. 10 del EBEP 2015 y del añadido a este texto legal de una nueva disposición adicional decimoséptima («medidas dirigidas al control de la temporalidad en el empleo público»), sobre el personal estatutario y equivalente de los servicios de salud, cuya normativa reguladora ha pasado a adaptar lo establecido en ambos preceptos del EBEP 2015 a las peculiaridades propias de su régimen jurídico, dando así cumplimiento a lo previsto en la disposición final segunda de la Ley 20/2021 y del Real Decreto-ley 14/2021<sup>46</sup>.

#### 4. Conclusiones

*Primera.* El estudio de las sentencias y autos del Tribunal de Justicia resolviendo peticiones de decisión prejudicial sobre incompatibilidades de disposiciones normativas nacionales y de decisiones del empleador público con las exigencias del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada muestra, de forma cabal, el papel y la contribución de aquel a la efectividad del Derecho Social de la Unión. Ello es así por el muy elevado número de peticiones de decisión prejudicial del tipo indicado y por el contenido y sentido de las aludidas sentencias y autos. Dicho estudio corrobora cuanto sobre aquel papel y contribución del Tribunal de Justicia se indica a continuación. El experimento puede hacerse con otras materias propias de la política social (traspasos de empresa, despidos colectivos, tiempo de trabajo, insolvencia empresarial, igualdad de trato en materia de seguridad social, etc.) y el resultado obtenido no variará.

*Segunda.* En materia de Derecho Social de la Unión (por lo tanto, no solo del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada), abundan los casos en que las respuestas del Tribunal a las peticiones de decisión prejudicial sirven para descubrir situaciones de oposición de los derechos nacionales y abren paso a su corrección mediante cambios normativos, la aplicación judicial de preceptos del disposiciones de la Unión dotados de efecto directo, el excepcional mandato expreso de inaplicación judicial de algún precepto de la normativa nacional o, con mayor frecuencia, las interpretaciones

---

cláusula 5 del Acuerdo Marco son las ya cinco peticiones de decisión prejudicial solicitando una respuesta del Tribunal de Justicia al respecto. De tales peticiones, todas de 2022, tres corresponden al Tribunal Superior de Justicia de Madrid [una tramitada como asunto C-59/21 (MP y Consejería de la Presidencia de la Comunidad de Madrid), otra como asunto C-110/22 (IP y UNED) y la última como asunto C-159/22 (IK y Agencia Madrileña de Asistencia Social)] y dos al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 17 de Barcelona (una tramitada como asunto C-331/22 (KT y Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña) y la otra como asunto C-332/22 (HM, VD y Generalidad de Cataluña)].

<sup>46</sup> La referida adaptación se ha producido a través de la modificación de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, llevada a cabo por el Real Decreto-ley 12/2022, de 5 de julio.

conformes, algunas de las cuales preceden a cambios normativos y otras constituyen, por hoy, la solución a la pasividad del legislador en orden a afrontar la modificación de preceptos del derecho nacional para adaptarlos al derecho de la Unión.

*Tercera.* Todas y cada una de las peticiones de decisión prejudicial –pasadas, presentes y futuras– que cuenten con fallos del Tribunal de Justicia entrando en el fondo del asunto impactan sobre los ordenamientos jurídicos nacionales. El impacto alcanza tanto al ordenamiento al que pertenezca la disposición normativa enjuiciada por el Tribunal como a los demás ordenamientos nacionales. El impacto es directo en el primer caso e indirecto en el segundo. Aunque ese impacto directo es, con frecuencia, inmediato, no faltan situaciones en que queda latente. Sucede esto último cuando el fallo declare que no existe oposición entre la normativa nacional y el derecho de la Unión. Un fallo en tal sentido ha de ser tenido en cuenta por los órganos jurisdiccionales, que no podrán apartarse de él y declarar la oposición no apreciada por el Tribunal de Justicia.

*Cuarta.* El relevante papel del Tribunal de Justicia en el campo de la efectividad del Derecho Social de la Unión se debe, en gran medida, a la actuación de los jueces y tribunales nacionales. El protagonismo del Tribunal en la satisfactoria aplicación del Derecho Social es propiciado por las peticiones de decisión prejudicial elevadas por tales jueces y tribunales.

*Quinta.* La actividad de los jueces y tribunales nacionales en relación con las peticiones de decisión prejudicial no es igual en todos los Estados miembros. No justifica las diferencias el mayor o menor número de trabajadores existentes de cada uno de aquellos; ello constituye, a los fines indicados, un factor neutro o, en el mejor de los casos, de relativa repercusión. Tampoco se puede considerar que las aludidas diferencias sean consecuencia del diverso grado en que las legislaciones nacionales transponen de forma adecuada o exacta las disposiciones de la Unión en materia de política social. Nada indica que aquel grado sea más alto en los Estados miembros cuyos jueces han elevado el menor número de peticiones de decisión prejudicial, ni que sea más bajo en los Estados miembros con el mayor número de peticiones. Si así fuese, resultaría que la legislación laboral alemana y la española son las que han transpuesto del modo más insuficiente e inadecuado las referidas disposiciones normativas de la Unión en, comparación, por ejemplo, con la legislación italiana, francesa, holandesa, sueca, húngara o portuguesa.

*Sexta.* Una de las vías de mejora de la eficacia del Derecho Social de la Unión es la consecución de una mayor predisposición de los jueces nacionales a resolver los litigios sobre cuestiones afectadas por aquel teniendo en cuenta la regulación que realiza y su primacía sobre las disposiciones normativas nacionales. Debe favorecerse la eliminación de los escrúpulos y obstáculos que tienen buena parte de los jueces nacionales, en algunos Estados Miembros más que en otros, a la hora de solicitar del Tribunal de Justicia un pronunciamiento expreso sobre la interpretación de las normas sociales de la Unión

y la conformidad a ellas de la correspondiente normativa nacional. La mejora de aquella predisposición debe estar acompañada del fomento del conocimiento del Derecho Social por parte de los restantes profesionales del derecho y, en especial, de los abogados.

*Séptima.* Paradigma de la contribución de la doctrina del Tribunal de Justicia a la potenciación de la efectividad del Derecho Social de la Unión son sus numerosas sentencias y autos sobre empleo público temporal. Por lo que concierne a España, esas sentencias y autos han permitido corregir y eliminar buena parte de las situaciones de oposición de la normativa nacional de empleo público al Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada.

*Octava.* Lo anterior no admite discusión en relación con la equiparación del régimen de servicios del personal temporal y del fijo con base en el respeto del principio de no discriminación que proclama, con carácter general, la cláusula 4 del Acuerdo Marco. Allí donde la normativa nacional no ha llegado a corregir y eliminar las situaciones de oposición a esta cláusula, lo hacen los jueces y tribunales españoles de la mano de los fallos del Tribunal de Justicia y recurriendo al efecto directo de aquella declarado por este.

*Novena.* Respecto de la efectividad de la cláusula 5 del Acuerdo Marco y la eliminación de la muy frecuente utilización abusiva del empleo público temporal propiciada por la propia normativa estatal, la solución al problema dependía, hasta 2021, una vez descartadas las posibilidades del recurso a la interpretación conforme y a la inaplicación de la aludida normativa, del resultado incierto de la actividad del afectado reclamando al Estado el resarcimiento por los perjuicios sufridos por el incumplimiento de la referida cláusula. La reforma de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público llevada a cabo en 2021 viene a invertir, bajo la influencia de la doctrina del Tribunal de Justicia, la posición del legislador en la materia. Su anterior abstención en orden al establecimiento de medidas de corrección del uso abusivo del empleo público temporal se sustituye por la voluntad de establecerlas. Queda por comprobar si las medidas adoptadas son lo suficientemente efectivas y adecuadas como para permitir entender cumplido el objetivo del Acuerdo Marco. En este punto, la última palabra la tendrá, antes o después, el Tribunal de Justicia.

## 5. Bibliografía citada

ARGÜELLES BLANCO, A. R.: «Otra vuelta “vuelta de tuerca” para la equiparación del personal temporal y el fijo: el derecho de los funcionarios interinos a la situación de servicios especiales», en el volumen *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles (Estudios ofrecidos a M<sup>a</sup> Emilia Casas Baamonde)*, Gárate Castro, J. y Maneiro Vázquez, Y., directores, Universidade de Santiago de Compostela (Santiago de Compostela, 2020).

- DE VAL TENA, A. L.: «Contratación temporal y discriminación retributiva: inexistencia de razones objetivas», en el volumen *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles ...*, cit.
- FERNÁNDEZ PROL, F.: «Principio de no discriminación y funcionarios interinos», en el volumen *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles ...*, cit.
- FERREIRO REGUEIRO, C.: «Principio de no discriminación, promoción interna en la función pública y cómputo de los servicios prestados como funcionario interino», en el volumen *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles ...*, cit.
- GÁRATE CASTRO, J.: «Sobre las incompatibilidades con el derecho de la Unión de las disposiciones normativas y prácticas judiciales y administrativas españolas en materia de empleo público temporal (A propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de marzo de 2010, Sánchez Ruiz-Fernández Álvarez y otras, asuntos acumulados C-103-18 y C-429/18)», en el volumen *Estudios sobre la doctrina del Tribunal de Justicia en materia de política social*, Gárate Castro, J. y Maneiro Vázquez, Y., directores, Thomson Reuters-Aranzadi (Cizur Menor, Navarra, 2022).
- GÓMEZ MUÑOZ, M.: «No discriminación de trabajadores temporales y concesión de primas de antigüedad», en el volumen *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles ...*, cit.
- MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: «Los nuevos viejos problemas de la discriminación entre trabajadores temporales y fijos en la Administración pública española (a propósito de dos autos del Tribunal de Justicia de 13 de diciembre de 2021, asuntos C-151/21 y C-226/21)», en el volumen *Estudios sobre la doctrina del Tribunal de Justicia en materia de política social*, cit.
- MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: «La infracción de la normativa y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia como motivo de acceso a los recursos de suplicación y casación», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 47, 2017, págs. 308 y sigs.
- MARTÍNEZ BARROSO, M<sup>a</sup>. R.: «Personal eventual de las administraciones públicas y derecho a trienios», en el volumen *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social ...*, cit.
- ORDÓNEZ SOLÍS, D.: «El abuso en el empleo público temporal en la perspectiva judicial y legislativa (sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de junio de 2021, Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario, asunto C-726/19)», en el volumen *Estudios sobre la doctrina del Tribunal de Justicia en materia de política social*, cit.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: «Sobre el momento y los límites del derecho de los funcionarios interinos a la percepción de trienios», en el volumen *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social ...*, cit.

VILLALBA SÁNCHEZ, A.: «Contrato de trabajo de duración determinada del profesorado universitario: derecho a trienios y principio de no discriminación», en el volumen *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social ...*, cit.

# El derecho a un salario justo. La Directiva (UE) 2022/2041, sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea\*

## The right to a fair wage. Directive (EU) 2022/2041, on adequate minimum wages in the European Union

Francisca Fernández Prof\*\*

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Vigo*

ORCID ID: 0000-0003-4668-4017

Recibido: 14/8/2023

Aceptado: 28/9/2023

doi: 10.20318/labos.2024.8395

*Resumen:* Si bien conforma una cuestión clásica, el salario se halla de nuevo en el centro del debate. Tras sucesivas crisis, devaluadas las retribuciones y ante una nueva realidad -los trabajadores pobres-, la garantía de salarios mínimos suficientes ocupa y preocupa, también en el marco supra-nacional: tradicionalmente, en las normas internacionales y, más recientemente, en el Derecho europeo. Muestra de esto último es la Directiva (UE) 2022/2041, sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea, objeto del presente estudio. En este, tras una breve contextualización de la intervención europea y un análisis de las herramientas internacionales en la materia, el análisis aborda los extremos más destacados de la nueva norma: en síntesis, la cuestión competencial y los objetivos a cumplir por los Estados Miembros.

*Palabras clave:* Salario, factores de erosión, salarios mínimos justos, Directiva sobre unos salarios mínimos adecuados en la UE.

*Abstract:* Although it is a classic issue, wages are once again at the center of the debate. After successive crises, devalued wages and faced with a new reality - the working poor - the guarantee of adequate minimum wages is a matter of concern, also in the supra-national framework: traditionally, in international norms and, more recently, in European law. An example of the latter is Directive (EU) 2022/2041 on adequate minimum wages in the European Union, which is the subject of this study. To this end, after a brief contextualization of the European intervention and an analysis of the international standards on the

---

\*El presente estudio, desarrollado en el marco del programa de “Consolidación e estructuración de unidades de investigación competitivas do Sistema Universitario de Galicia” (Ref.: ED431B 2022/11), fue presentado en el marco del Congreso Regional Europeo de la SIDTSS, celebrado en Gante del 6 al 8 de septiembre de 2023.

\*\*franfernandez@uvigo.gal

subject, the analysis addresses the most important aspects of the new regulation: in short, the question of competence and the objectives to be met by the Member States.

*Keywords:* Wage, erosion factors, fair minimum wages, adequate minimum wages Directive.

## 1. Introducción

El salario se erige en elemento nuclear y definidor del contrato de trabajo, determinante, junto a otros extremos, de la laboralidad misma del vínculo jurídico. Por ello, ha sido objeto de atención privilegiada, en sede legislativa, convencional y, correlativamente, doctrinal. Con todo, más allá de la categoría teórica o sustantiva –el salario mismo–, hoy por hoy, se halla en el centro del debate su caracterización, a modo de salario adecuado y suficiente para la atención de las necesidades personales y familiares de las personas trabajadoras, pero también como elemento sinalagmático y recíproco a la actividad laboral prestada. Tal es la justicia del salario o el derecho a un salario justo, como elemento consustancial al trabajo decente.

Conforme a la naturaleza misma del Derecho del Trabajo –a modo de rama del ordenamiento jurídico dirigida al reequilibrio de las posiciones de empresarios y trabajadores, singularmente mediante la fijación de estándares mínimos–, también el salario –materialización de la obligación básica a cargo del empleador y, por consiguiente, del correlativo derecho del trabajador– ha quedado sujeto a umbrales o límites mínimos. La garantía de una remuneración mínima por el trabajo prestado, mediante la formulación, por diversas fuentes, de un *quantum* o importe fijo por debajo del cual queda vetada la contratación y prestación de servicios, es, pues, común a la generalidad de los Estados. Y ha sido –y es– exigida por el Derecho Internacional, como elemento clave para la garantía del trabajo “decente”, a su vez configurado como herramienta para la generación de condiciones de vida dignas para los trabajadores y sus familias. Más recientemente, también las instituciones europeas, aún carentes de competencia en la materia, han articulado acciones de estímulo a la implementación de instrumentos para la garantía de salarios justos y adecuados.

Conforma el punto de partida de la investigación la apreciación de elementos, estructurales y coyunturales, determinantes de una paulatina erosión y desnaturalización de dichos salarios justos y adecuados. Entre los primeros, deben referirse, sin duda, los fenómenos de la globalización y digitalización, generadores de una concentración o polarización de los empleos de calidad y, consecuentemente, del surgimiento y proliferación, colaterales, de profesiones poco cualificadas e, incluso, de formas no convencionales de trabajo, todas ellas escasamente retribuidas. A modo de factores coyunturales, deben referirse, desde luego, las recientes crisis, económicas y sanitaria, con un impacto muy notable en los salarios, a menudo de modo especialmente intenso en sectores con una elevada proporción de trabajadores con salarios ya muy bajos. Todo ello, como es

obvio, determina el surgimiento e incremento de trabajadores pobres, que, pese a hallarse empleados, tienen vetado el acceso a bienes y servicios esenciales<sup>1</sup>. Se intensifica, pues, la desigualdad, salarial y, por ende, económica y social.

Frente a ello, debe remarcar, en clave de tendencia y aún en atención a objetivos también de índole económica –en esencia, la procura de una competencia leal en el mercado único–, el surgimiento de una terminología novedosa en el marco europeo: un discurso, ya de cariz social, que insistentemente apela a los objetivos de adecuación, suficiencia y dignidad de los salarios y, por extensión, de condiciones laborales y de vida. Muestra de tal nueva orientación son el Pilar Europeo de Derechos Sociales y, por supuesto, la Directiva sobre unos salarios mínimos adecuados en la UE.

En dicho contexto, el estudio persigue, en esencia, proceder a un análisis crítico de tales nuevos instrumentos jurídicos, cuestionando su efectiva contribución a la conformación de retribuciones estrictamente correlativas a la previa prestación de servicios, así como cuantitativamente suficientes para una digna atención de las necesidades de las personas trabajadoras. El análisis se detiene, de modo singular, en la Directiva (UE) 2022/2041, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022, sobre unos salarios mínimos adecuados en la UE, cuya génesis, objetivos y previsiones son objeto de estudio detallado.

## 2. Los factores de erosión: salarios mínimos en la nueva economía y ante las crisis

Los nuevos métodos de producción y de trabajo, ya inmersos en los procesos de globalización, externalización y digitalización, a menudo han ejercido –ejercen aún– una presión a la baja en el *quantum* de los salarios, poniendo a prueba las herramientas tradicionales para su fijación y protección. Tales fenómenos, en efecto, conducen a una concentración o polarización, territorial y sectorial, de los empleos más cualificados y mejor remunerados. Pero en el entorno de estos últimos, surgen, asimismo, empleos subremunerados, al eludirse, bajo la apariencia del trabajo autónomo, la aplicación misma del Derecho del Trabajo y, por consiguiente, de las normas, heterónomas y autónomas, de fijación del salario mínimo. En dicho sentido, sin duda, resulta paradigmático el sector de las plataformas digitales, en cuyo seno proliferan falsos autónomos, retribuidos, habida cuenta dicha calificación, conforme a los parámetros –con frecuencia, por unidad de obra (repartos o viajes realizados, por ejemplo)– señalados unilateralmente por el empleador, sin sujeción a límite o suelo mínimo alguno. Así quienes prestan servicios en las citadas plataformas a menudo perciben emolumentos o retribuciones –salarios, en realidad– muy por debajo de los estándares fijados por la Ley o el convenio colectivo

---

<sup>1</sup> En la materia, puede consultarse CARRIL VÁZQUEZ, Xosé Manuel, Pobres con trabajo: una categoría estadística en la Unión Europea y un colectivo sin entidad jurídica en España, al menos en su Derecho del Trabajo y Seguridad Social. *Documentación Laboral*. Madrid, Ediciones Cinca, vol I, núm. 122, 2021, p. 73 y siguientes.

que, dado la tipología de servicios prestados, habría de resultar de aplicación<sup>2</sup>. Las nuevas tecnologías, por tanto, se erigen en una vía de elusión del marco laboral en general y de las normas sobre salario mínimo en particular<sup>3</sup>. E igual impacto producen, como es sabido, las estrategias empresariales de externalización, señaladamente transnacionales, al redundar en el recurso a mano de obra sujeta a la Ley del lugar de prestación de servicios, a menudo un Estado con estándares sociales –y salariales– sensiblemente inferiores a aquel en que se hallan los destinatarios finales de los productos<sup>4</sup>. Ya más recientemente, deben destacarse fenómenos, tal vez más coyunturales, como la pandemia y la inflación –en el marco europeo, en esencia atribuida a la guerra de Ucrania–, que han provocado una “brusca caída de los salarios reales”<sup>5</sup>.

Desde otra perspectiva, debe llamarse la atención sobre el recurso al salario –a su bajada, en realidad– a modo de herramienta para la contención, en el ámbito empresarial, de situaciones de crisis. Pues, en muchos Estados, la recesión de 2008 se erigió en pretexto para profundísimas reformas, entre otros extremos, de dos categorías, a efectos salariales singularmente relevantes: por un lado, la negociación colectiva sectorial, cuya capacidad de fijación de salarios mínimos ha resultado sensiblemente mermada; y, por otro lado, el poder empresarial de dirección, en cambio muy potenciado, también a efectos de modificación –y rebaja– de condiciones de trabajo, inclusive salariales. Así, ha sucedido en España tras la reforma operada en 2012 –Ley 3/2012<sup>6</sup>–, por cierto, en los extremos señalados, no revertida<sup>7</sup>.

<sup>2</sup> Son ilustrativas, en dicho sentido, las conclusiones alcanzadas en algún informe: Informe de la OIT, *Las plataformas digitales y el futuro del trabajo, Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital*. Ginebra, 2019, p. 51; AA.VV. (Dir.: TODOLÍ SIGNES, Adrián, PEIRÓ SILLA, José María), *El trabajo en las plataformas digitales en la Comunitat Valenciana II*. Generalitat Valenciana, Valencia, 2022, p. 45.

<sup>3</sup> Sobre el impacto de la digitalización de la economía, *vid.* CRUZ VILLALÓN, Jesús, *Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía. Temas laborales*. Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, núm. 138, 2017, p. 13-47; SUÁREZ CORUJO, Borja, *La gran transición: la economía de plataformas digitales y su proyección en el ámbito laboral y de la seguridad social. Temas laborales*. Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, núm. 141, 2018, p. 37-66.

<sup>4</sup> En la materia, *vid.* SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, *Redes empresariales y Derecho del Trabajo*. Granada, Comares, 2016; FERNÁNDEZ PROL, Francisca, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Sonia, *Trabajadores inmersos en procesos de subcontratación transnacional: ¿qué protección desde el plano internacional? Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, vol. 52, núm. 156, 2019, p. 1383-1406; AA.VV. (Dir.: SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, VIVERO SERRANO, Juan Bautista), *La construcción del Derecho del Trabajo de las redes empresariales*. Granada, Comares, 2019.

<sup>5</sup> *Vid.* Informe de la OIT, *Informe Mundial sobre Salarios 2022-2023: El impacto de la inflación y de la COVID-19 en los salarios y el poder adquisitivo*, Ginebra, 2023. La conclusión reproducida en texto se extrae, en concreto, del Resumen Ejecutivo, p. 1 (disponible en [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-ddgreports/-dcomm/-publ/documents/publication/wcms\\_862574.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-ddgreports/-dcomm/-publ/documents/publication/wcms_862574.pdf)).

<sup>6</sup> Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

<sup>7</sup> Pues ha sido objeto de reforma, por 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, el art. 84.2 ET, al sustraerse “La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa” del elenco de materias susceptibles de regulación vía convenio de empresa negociable “en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior”, pero permanece inalterado, en cambio, el art. 41 ET.

### 3. El prolegómeno: la protección en el marco internacional

En los Tratados internacionales, aún de índole general, las referencias a la suficiencia del salario –si bien expresadas en términos diversos– son constantes. En todos ellos, resulta perceptible una concepción teleológica o instrumental del mismo, como herramienta para la consecución de un fin superior –la dignidad del trabajador y de su familia–, más allá, por tanto, de la estricta lógica del contrato laboral mismo. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>8</sup> señala que “toda persona tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana (...)” (art. 23). Y en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los Estados Partes “reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo, equitativas y satisfactorias, que le aseguren en especial: a) Una remuneración que proporcione, como mínimo, a todos los trabajadores: ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias”<sup>9</sup>. Y también en el marco de las Naciones Unidas, es precisa una referencia a los Objetivos de Desarrollo Sostenible aprobados en 2015, al vincularse, en particular, la consecución del Objetivo 8 –“Trabajo decente y crecimiento económico”– a la garantía de salarios “justos”.

Ya en el ámbito del Consejo de Europa, forzoso resulta referir el art. 4 de la Carta Social Europea (revisada)<sup>10</sup>, en que se enumeran los compromisos asumidos por las Partes “para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a una remuneración equitativa”. Precepto, a cuyo tenor, en particular, las citadas Partes asumen “reconocer el derecho de los trabajadores a una remuneración suficiente que les proporcione a ellos y a sus familias un nivel de vida decoroso”, lo que implica que la misma no sólo permita cubrir necesidades materiales básicas (alimentación, vestimenta y vivienda), sino también participar en actividades culturales, educativas y sociales. Una previsión que, a su vez, debe complementarse con lo indicado por el Comité Europeo de Derechos Sociales –órgano encargado de vigilar el cumplimiento de la Carta– que fija el nivel del salario mínimo en el 60 % del salario medio nacional neto –umbral, por cierto, según recuerda la doctrina, que no se alcanza en España<sup>11</sup>–.

<sup>8</sup> Adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

<sup>9</sup> Art. 7 del Pacto Internacional Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 19 de diciembre de 1966.

<sup>10</sup> Estrasburgo, 3 de mayo de 1996.

<sup>11</sup> CARRIL VÁZQUEZ, Xosé Manuel, En 1000 palabras, el (in)cumplimiento español en materia salarial de la Carta Social Europea (Nihil novum sub sole). Brief AEDTSS, <https://www.aedtss.com/en-1000-palabras-el-incumplimiento-espanol-en-materia-salarial-de-la-carta-social-europea-nihil-novum-sub-sole/>, con referencia a las Conclusiones XXII-3 (2022) del CEDS, así como al Real Decreto 99/2003, de 14 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2023, cuyo preámbulo, sin embargo, dispone (erróneamente) que el mismo “culmina el objetivo de que el salario mínimo interprofesional alcance el 60 por ciento del salario medio en 2023, dando cabal cumplimiento a lo dispuesto por el Comité Europeo de Derechos Sociales en aplicación de la Carta Social Europea”. Sobre esta materia, también puede consultarse BURRIEL RODRÍGUEZ-DIOSDADO, Pepa, El salario mínimo interprofesional en España y la Carta Social Europea: el desacuerdo permanente. *Lex Social*. Sevilla, Universidad Pablo de Olavide, vol. 12, núm. 1, 2022, p. 498 y siguientes. Para 2024, como es sabido, Ministerio y organizaciones sindicales más representativas han pactado una subida del SMI del 5 por 100.

Y resulta obligada, finalmente, una referencia a las normas internacionales de naturaleza propiamente laboral: de manera singular, los Convenios de la OIT sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos (núm. 26, 1928) y sobre la fijación de salarios mínimos (núm. 131, 1970)<sup>12</sup>, así como sobre la protección del salario (núm. 95, 1949) y sobre la igualdad de remuneración (núm. 100, 1951). Estos, en efecto, revelan una preocupación precoz e intensa de la OIT en la materia<sup>13</sup>, ya perceptible, por cierto, al tiempo de su creación misma, al referir expresamente el Preámbulo de la Constitución de la OIT, de 1919, la necesaria “garantía de un salario vital adecuado”<sup>14</sup>. Pero de los Convenios se infiere, asimismo, la evidente dificultad que presenta la regulación, a nivel supraestatal o global, de una remuneración mínima, por ello, sin perjuicio de las singularidades de cada instrumento<sup>15</sup>, fundamentalmente dirigida a la configuración de un modelo con el que alcanzar, en esencia, dos objetivos: por un lado, la fijación de una remuneración mínima atendiendo al concreto contexto socio-económico de que se trate<sup>16</sup>; por otro lado, la articulación de mecanismos para garantizar su eficacia<sup>17</sup>.

---

<sup>12</sup> Sobre este, con análisis de los antecedentes, *vid.* ESTRADA BALLESTEROS, David, Convenio sobre la fijación de salarios mínimos. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*. Italia, Adapt University Press, vol. 7, núm. 0, 2019, p. 1033 y siguientes.

<sup>13</sup> En la materia, de modo más extenso, ha de consultarse CAMPS RUIZ, Luis Miguel, La protección de los salarios en la historia de la OIT. *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*. Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, núm. 147, 2020, p. 249.

<sup>14</sup> Posteriormente, en 1944, los miembros de la OIT adoptaron e incorporaron a la Constitución, la Declaración de Filadelfia, relativa a los fines y objetivos de la OIT, la cual afirma la “obligación solemne” de la OIT de fomentar “en materia de salarios y ganancias y de horas y otras condiciones de trabajo, medidas destinadas a garantizar a todos una justa distribución de los frutos del progreso y un salario mínimo vital para todos los que tengan empleo y necesiten esta clase de protección”.

<sup>15</sup> El primero de ellos, como se recordará, sólo es de aplicación “en industrias o partes de industria (especialmente en las industrias a domicilio) en las que no exista un régimen eficaz para la fijación de salarios, por medio de contratos colectivos u otro sistema, y en las que los salarios sean excepcionalmente bajos”, ostentando, pues, carácter supletorio –art. 1 del Convenio núm. 26, de 1928–. En cambio, el de 1970, núm. 131, es de alcance más general: conforme al mismo, en efecto, “Todo Estado Miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique [el citado] Convenio se obliga a establecer un sistema de salarios mínimos que se aplique a todos los grupos de asalariados cuyas condiciones de empleo hagan apropiada la aplicación del sistema” (art. 1).

<sup>16</sup> En dicho sentido, el art. 3 del Convenio 131 dispone: “Entre los elementos que deben tenerse en cuenta para determinar el nivel de los salarios mínimos deberían incluirse, en la medida en que sea posible y apropiado, de acuerdo con la práctica y las condiciones nacionales, los siguientes: (a) las necesidades de los trabajadores y de sus familias habida cuenta del nivel general de salarios en el país, del costo de vida, de las prestaciones de seguridad social y del nivel de vida relativo de otros grupos sociales; (b) los factores económicos, incluidos los requerimientos del desarrollo económico, los niveles de productividad y la conveniencia de alcanzar y mantener un alto nivel de empleo”.

<sup>17</sup> Por ello, “Los salarios mínimos tendrán fuerza de ley, no podrán reducirse y la persona o personas que no los apliquen estarán sujetas a sanciones apropiadas de carácter penal o de otra naturaleza” (art. 2 del Convenio núm. 131) y “Deberán adoptarse medidas apropiadas, tales como inspección adecuada, complementada por otras medidas necesarias, para asegurar la aplicación efectiva de todas las disposiciones relativas a salarios mínimos” (art. 5 del Convenio núm. 131).

#### 4. El marco europeo: especial referencia a la Directiva (UE) 2022/2041, sobre unos salarios mínimos adecuados en la UE

En clave de tendencia –ideológica–, si bien objetivos económicos inspiran, asimismo, la intervención europea en la materia –señaladamente, la procura de una competencia leal en el mercado único–, debe remarcarse el surgimiento de una terminología novedosa en el marco europeo: un discurso, ya de cariz social, que insistentemente apela a los objetivos de adecuación, suficiencia y dignidad de los salarios y, por extensión, de condiciones laborales y de vida<sup>18</sup>. Ello revela una nueva centralidad –cierta urgencia, incluso<sup>19</sup>–, en el ámbito europeo, de la cuestión salarial, sobre la que, no obstante, las instituciones de la UE no ostentan competencia.

El giro es producto del surgimiento de un fenómeno nuevo: la pobreza de quienes trabajan –y ya no sólo de quienes han perdido su empleo–, como consecuencia de la precarización extrema de sus condiciones laborales, singularmente salariales. Se trata, pues, de la respuesta –aún tardía y tímida o “a la europea”– al proceso de devaluación salarial ya iniciado tras la crisis financiera de 2008, habida cuenta el impacto directo de esta y también de las muy lesivas reformas articuladas frente a la misma. Muchos años después, tras el crash provocado por la crisis sanitaria y ya expuestos a nuevas tensiones fruto de la guerra de Ucrania –tensiones, singularmente, inflacionistas y, por tanto, con impacto directo en los salarios–, toda intervención en pro de la recuperación salarial es bienvenida. Y ello, aún cuando todos los Estados de la UE ya cuentan con sistemas legales o, al menos, con herramientas convencionales –a menudo, sectoriales– para la fijación de salarios mínimos<sup>20</sup>, presentando estos, con todo, una notable variedad, en términos

---

<sup>18</sup> A modo de ejemplo del carácter ambivalente de la retórica europea en materia salarial, el discurso de la Presidenta de la Comisión, Ursula Von der Leyen, en el marco del debate sobre el estado de la UE de septiembre de 2020: “Lo cierto es que, para demasiadas personas, trabajar ya no sale a cuenta. El dumping salarial destruye la dignidad del trabajo, penaliza al empresario que paga salarios dignos y falsea la competencia leal en el mercado único. Esta es la razón por la que la Comisión presentará una propuesta legislativa para ayudar a los Estados miembros a establecer un marco para el salario mínimo”.

<sup>19</sup> LOFFREDO, Antonio, ORLANDINI Giovanni, La propuesta de Directiva de la Unión Europea sobre el salario mínimo adecuado. *NET21* (<https://www.net21.org/>), núm. 4, 2021, p. 1.

<sup>20</sup> En concreto, en 21 de los Estados miembros el salario mínimo se fija a través de mecanismos de intervención legal, en tanto que en 6 Estados (Dinamarca, Finlandia, Suecia, Italia, Austria y Chipre) se remite la materia a la negociación colectiva, CRUZ VILLALÓN, Jesús, La promoción de salarios mínimos adecuados en la Unión Europea. *Blog de Jesús Cruz Villalón*. <http://jesuscruzvillalon.blogspot.com/2021/04/la-promocion-de-salarios-minimos.html>. Así, un quinto de la población de la UE vive en uno de los seis Estados miembros que no tienen establecido un salario mínimo legal, si bien sí “algún tipo de fijación por la negociación colectiva sectorial”, GIMENO DÍAZ DE ATAURI, Pablo, La Directiva de salarios mínimos adecuados: contenido e impacto de su trasposición al ordenamiento jurídico español. *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*. Sevilla, Universidad de Sevilla, núm. 6, 2022, p. 39.

absolutos y asimismo relativos<sup>21</sup>. Tal dualidad de sistemas –heterónimo y autónomo–, como se verá, determina el cariz de la intervención europea<sup>22</sup>.

#### 4.1. *El Derecho originario*

Si bien no aluden expresamente a una intervención en materia de salarios mínimos, varios preceptos de Derecho originario sustentan toda propuesta de dignificación de condiciones de trabajo –inclusive, por tanto, salariales–. De la CDFUE deben destacarse al menos dos preceptos, por cierto, también retenidos por los Considerandos de la Directiva (UE) 2022/2041. Tal es el caso del art. 31 –rubricado “Condiciones de trabajo justas y equitativas”–, a cuyo tenor “Todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten (...) su dignidad”, y también del art. 23 de la Carta, que apela a la garantía de la igualdad entre hombres y mujeres, “en todos los ámbitos”, “inclusive en materia de (...) remuneración”.

Ya en el TUE, debe repararse en preceptos de alcance transversal, sin duda susceptibles de lectura desde la óptica del presente estudio –a modo, por tanto, de fundamentos jurídicos de la intervención europea en materia de salarios mínimos–. Tal es el caso, en primer término, del art. 2 TUE en que se relacionan los valores en que se fundamenta la UE: así, de respeto a la dignidad humana y a la igualdad. Y es obligada una referencia al art. 3 TUE, a cuyo tenor la Unión tiene por finalidad promover, entre otros objetivos, el “bienestar de sus pueblos” (apartado 1), “obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado (...) [y] en una economía social de mercado (...) tendente al pleno empleo y al progreso social”. Además, “la Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará (...) la igualdad entre mujeres y hombres”, así como “la cohesión económica, social y territorial” (todo ello en el apartado 3).

En el TFUE, al margen de los preceptos en que se proclaman el principio de igualdad y la prohibición de discriminaciones –señaladamente los arts. 8 y 10, sin duda susceptibles de una lectura en “clave salarial” y determinantes de intervenciones de Derecho derivado específicas–, procede referir el art. 9, a cuyo tenor, como es sabido, “en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tendrá en cuenta las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado (...) [y] con la lucha contra la exclusión social”, al ser esta última, de manera muy recurrente, fruto de una originaria vulnerabilidad económica habida cuenta la carencia o insuficiencia del salario.

---

<sup>21</sup> Así, en julio de 2023, los salarios mínimos en los Estados miembros de la UE oscilaban entre 399€ mensuales en Bulgaria y 2.508€ mensuales en Luxemburgo, según datos proporcionados por Eurostat, que pueden consultarse en [https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Minimum\\_wage\\_statistics&action=statexp-seat&lang=es](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Minimum_wage_statistics&action=statexp-seat&lang=es), en que se indican, asimismo, los niveles del salario mínimo en relación con los ingresos brutos medios.

<sup>22</sup> Como destaca, CRUZ VILLALÓN, Jesús, La promoción de salarios mínimos adecuados en la Unión Europea..., *op. cit.*, aquella debía respetar –y así fue– el modelo, aún minoritario, de salarios mínimos convencionales, evitando, mediante el recurso a una fórmula mixta, que los Estados que optan por el mismo percibiesen la Directiva como una injerencia en su sistema de relaciones laborales.

#### 4.2. *El Pilar Europeo de Derechos Sociales: el derecho de los trabajadores a salarios justos*

En noviembre de 2017, en Gotemburgo, en el marco de la Cumbre Social para un Empleo y Crecimiento Justo, el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión proclamaron el Pilar Europeo de Derechos Sociales. Un documento que, tras años de duros ajustes, conforma la expresión de un renovado compromiso con la dimensión social de la UE –si bien aún muy alejado de aquellos grandes hitos de la construcción de la Europa social<sup>23</sup>–. El Pilar es, por tanto, un fruto de la crisis financiera de 2008, pues no sólo surge con la vocación –declarada– de atenuar su impacto directo, sino también –pese a no expresarlo abiertamente–, de revertir de algún modo los efectos de las políticas europeas arbitradas para contener aquélla. Políticas, en lo que a la materia retributiva se refiere, determinantes de la vinculación de los salarios a la productividad<sup>24</sup>, contribuyendo sensiblemente al consiguiente proceso de devaluación salarial. De modo que tales medidas, articuladas en el marco del denominado “Pacto del Euro” o “Pacto por el Euro plus” de 2011<sup>25</sup> –circunscrito a la zona euro y dirigido, según sus promotores, a atajar la crisis de deuda–, contribuyeron, junto a la crisis misma y a otros factores –a menudo de cariz interno–, a un proceso de sustitución de los empleos pre-crisis –acordes a estándares mínimos de calidad– por empleos post-crisis –en cambio, precarios y “de pobreza”<sup>26</sup>–. Así, “gran parte de los ajustes económico-financieros han sido repercutidos sobre el trabajo, sobre los trabajadores y trabajadoras”<sup>27</sup>, generando un aumento de la pobreza y exclusión social, que, ahora, pretenden enjugarse mediante el Pilar y las medidas a su amparo articuladas.

Además, en la génesis del Pilar, se halla, asimismo, la voluntad de encarar nuevos retos. Entre otros, muy sucintamente, el impacto de las tecnologías de la información y la comunicación, la digitalización y la globalización, la culminación del proceso de integración de las mujeres al trabajo productivo, la creciente movilidad de las personas trabajadoras o el envejecimiento de la población. Fenómenos, de orden económico y también de cariz social, que exigen de múltiples intervenciones, señaladamente, por lo que aquí respecta, en lo relativo a salarios, sin duda más comprometidos en el marco de las nuevas formas de trabajo –por ejemplo, a distancia y al amparo de contratos atípicos–, en estructuras empresariales complejas –así, en grupos de empresas y de recurrirse a externalizaciones, en ocasiones con proyección internacional–, así como en el caso de personas trabajadoras tradicionalmente más expuestas a tratos peyorativos o discrimi-

<sup>23</sup> Entre estos, acostumbran señalarse, tras el Tratado de Roma de 1957, la aprobación del Acta Única Europea (1986), de la Carta Comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores (1989), del Tratado de Ámsterdam (1997), así como de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (2007).

<sup>24</sup> Lo que, a su vez, requirió de políticas de “disminución de salarios públicos para evitar la subida de los privados”, así como la “promoción de la negociación personal frente a la colectiva”, RAMOS QUINTANA, Margarita, El Pilar Europeo de Derechos Sociales: la nueva dimensión social europea. *Revista de Derecho Social*. Albacete, Bomarzo, núm. 77, 2017, p. 24.

<sup>25</sup> Anexo I de las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Bruselas de 24 y 25 de marzo de 2011.

<sup>26</sup> Informe OIT, Global wages Report 2016/2017, Wage Inequality in workplace, Geneva, 2016.

<sup>27</sup> RAMOS QUINTANA, Margarita, El Pilar Europeo de Derechos Sociales..., *op. cit.*, p. 24.

natorios –mujeres, trabajadores maduros o jóvenes–. Una vulnerabilidad salarial con repercusiones, dicho sea de paso, desde una perspectiva jurídico-laboral –generando precariedad, pobreza y exclusión social–, pero también en la sostenibilidad de los sistemas de protección social, al depender los ingresos de estos de cotizaciones, a su vez calculadas habida cuenta los montos salariales.

Anunciada, en 2015, la voluntad de “redoblar los esfuerzos encaminados a conseguir un mercado europeo justo y verdaderamente paneuropeo”<sup>28</sup>, tras el desarrollo de un amplio proceso de consulta que culminó el 31 de diciembre de 2016<sup>29</sup>, en 2017 las Instituciones europeas proceden a la proclamación de los 20 principios constitutivos del Pilar. Una iniciativa que conviene ponderar en sus justos términos. Desde una óptica material, conviene referir que esta no implica una reordenación de prioridades, ni una reformulación de los postulados económicos de la UE. Lo económico sigue primando y el crecimiento y la competitividad aún conforman los paradigmas. Con todo, progreso económico y social se estiman “estrechamente interrelacionados” y se aboga por la construcción de un “modelo de crecimiento más inclusivo y sostenible, mejorando la competitividad de Europa y haciendo de ella un mejor lugar para invertir, crear puestos de trabajo y fomentar la cohesión social”. Así, “hacer hincapié en los resultados sociales y de empleo”, según expresa asimismo el preámbulo del Pilar, “es especialmente importante [...] para aumentar la resiliencia y consolidar la Unión Económica y Monetaria”. Lo que, por otro lado, implica que la iniciativa, si bien abierta al conjunto de Estados Miembros, resulte especialmente concebida para la zona Euro.

Ya desde una perspectiva estrictamente jurídica, debe precisarse la naturaleza del Pilar, a cuyos efectos conviene reparar en la terminología expresamente empleada: el Pilar conforma una “guía para alcanzar resultados sociales y de empleo eficientes”, expresa “principios y derechos esenciales”, esto es, “reafirma algunos de los derechos del acervo de la Unión y añade nuevos principios”. El Pilar, por consiguiente, no alberga derechos nuevos –reitera los existentes– y establece líneas programáticas o de tendencia a desarrollar de conformidad con el Derecho originario y en el marco competencial ya vigente, que, por tanto y según señala expresamente, no es objeto de ampliación alguna (apartado 18 del Preámbulo). El Pilar recopila principios inspiradores de intervenciones futuras tanto a nivel de la Unión como en los Estados miembros, en el ámbito, como se ha adelantado, de sus competencias respectivas y de conformidad con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (apartado 17 del Preámbulo)<sup>30</sup>. Tarea de desarrollo y aplicación del Pilar, en el marco europeo e interno, en la que, por otro lado, los

<sup>28</sup> Por el entonces Presidente de la Comisión, Jean Claude Juncker, en el marco del debate sobre el estado de la Unión celebrado el 9 de septiembre de 2015.

<sup>29</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones para la Apertura de una Consulta sobre un Pilar Europeo de Derechos Sociales, de 8 de marzo de 2016, figurando en Anexo el Primer esbozo preliminar de un pilar europeo de derechos sociales, COM (2016), 127 final.

<sup>30</sup> Sobre el particular, *vid.* TOMÁS MALLÉN, Beatriz, El impacto del Pilar Europeo de Derechos Sociales en la legislación española. *Lex Social*. Sevilla, Universidad Pablo de Olavide, vol. 13, núm. 1, 2023, p. 1 y siguientes.

interlocutores sociales están explícitamente llamados a desempeñar un “papel crucial” (apartado 21 del Preámbulo). Sentadas las líneas de acción, el Pilar opera, pues, un reenvío o delegación, en instituciones europeas e internas y, en colaboración con estas, en los interlocutores sociales, a cuyos efectos se establecen recomendaciones. Algunas son especialmente llamativas, por su cariz –económico y no social– y contundencia –expresan una prohibición que contrasta con la naturaleza programática del texto–: “el establecimiento del pilar europeo de derechos sociales no afecta al derecho de los Estados miembros de definir los principios fundamentales de sus sistemas de seguridad social y de gestionar sus finanzas públicas y no debe afectar de modo sensible a su equilibrio financiero” (apartado 19 del Preámbulo).

En cuanto al impacto sobre normas previas, ninguna de las disposiciones del Pilar es susceptible de interpretaciones limitativas o lesivas de los derechos reconocidos por el Derecho de la UE, por el Derecho Internacional y por los convenios internacionales de los que son parte la Unión o los Estados miembros –“incluida la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961 y los convenios y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo”–. Asimismo y en sentido inverso, el Pilar no impide que Estados e interlocutores sociales articulen normas sociales más ambiciosas (apartado 16 del Preámbulo).

Como puede deducirse de lo ya señalado, la fuerza vinculante del Pilar no es jurídica. Como norma de *soft law*, tal fuerza es de naturaleza política: así, “cumplir los objetivos del pilar europeo de los derechos sociales constituye un compromiso y una responsabilidad políticos compartidos” (apartado 17 del Preámbulo), por consiguiente, de la UE y de los Estados miembros.

Por todo ello –habida cuenta la referida naturaleza política, su vinculación material a objetivos económicos, así como por el “corsé” competencial del que la UE rehúsa explícitamente despojarse–, no son de extrañar el escepticismo y desconfianza con que fue recibida la iniciativa. Más aún al liderar esta precisamente quienes, no muchos años antes, abogaron por aquellas políticas de austeridad desencadenantes de las reformas laborales más incisivas –y regresivas– a nivel interno. No puede dejar de remarcarse, por otro lado, la oportunidad, en términos económicos y también políticos, del despertar de tal nueva sensibilidad: lo primero, al posponerse su surgimiento a un periodo económicamente propicio –ya reducido el déficit de los Estados y recuperada la senda del crecimiento–; lo segundo, habida cuenta la necesidad de contrarrestar el euroescepticismo creciente –determinante del traumático “Brexit”– y procurar una mayor identificación de los ciudadanos con el proyecto europeo.

En el marco del Capítulo II, rubricado “Condiciones de trabajo justas”, figura el “Principio” relativo a salarios, a cuyo amparo se reconoce, en primer término, el derecho de los trabajadores “a salarios justos que proporcionen un nivel de vida digno”. Para lo que, según señala el Pilar, “debe garantizarse un salario mínimo adecuado que permita satisfacer las necesidades del trabajador y de su familia en función de las condiciones económicas y sociales, y que al mismo tiempo salvaguarde el acceso al empleo y los incentivos para buscar trabajo”. De manera singular, el Principio analizado, señala, asimis-

mo, que “debe evitarse la pobreza de los ocupados”. El Pilar, por consiguiente, apela al reconocimiento de salarios caracterizados por tres notas. Han de conformar, en primer término, umbrales mínimos, a priori, por tanto, no susceptibles de rebaja, resultando vetadas la contratación y remuneración por importe inferior al fijado con carácter mínimo. En segundo lugar, tales salarios han de ser “justos”, lo que conecta con la reciprocidad y conmutatividad de las prestaciones laborales de trabajadores y empleadores y el equilibrio del contrato de trabajo, pero también, según expresa literalmente el Pilar, con la garantía del referido “nivel de vida digno”. Concepto, sin duda, de difícil aprehensión, que, en una interpretación sistemática del Principio, cabría reconducir a la exigencia de abono de un *quantum* que permita, cuando menos, la atención de las necesidades esenciales del trabajador y de su familia, evitando la pobreza de ambos. Finalmente, los salarios han de ser “adecuados”, adjetivo que apela, en una interpretación literal del Principio, a la consideración de varios factores en su proceso de fijación: en conexión con su justicia, la referida garantía de atención de necesidades básicas personales y familiares, pero también las “condiciones económicas y sociales” concurrentes y, “al mismo tiempo”, la salvaguarda del acceso al empleo y de los incentivos para buscar trabajo. Los salarios mínimos propuestos, por tanto, deben adaptarse a los correspondientes entornos económicos y sociales –desde luego, estatales, pero también, tal vez, de ámbitos más reducidos– y deben fomentar –o, cuando menos, no desalentar– la búsqueda y el acceso al trabajo. Así, en línea con el objetivo de erradicación de trabajadores pobres, el Principio apela a la garantía de cuantías salariales por las que, dicho coloquialmente, “valga la pena trabajar”.

En última instancia, el Pilar aboga por la transparencia de los procesos de fijación de salarios, cuyo carácter determinable –o pre-determinable– también se erige en requisito obligatorio: así, “todos los salarios deberán fijarse de manera transparente y predecible, con arreglo a las prácticas nacionales y respetando la autonomía de los interlocutores sociales”. Señaladamente lo primero –la transparencia en materia salarial– conecta, sin duda, con otro Principio del Pilar –el posterior Principio 7, a cuyo tenor “los trabajadores tienen derecho a ser informados por escrito al comienzo del empleo sobre sus derechos”– y, ya en el ámbito del Derecho derivado, con las previsiones de la Directiva (UE) 2019/1152, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la UE. Según esta, en efecto, los Estados miembros han de garantizar que los empleadores informen a sus trabajadores sobre los elementos esenciales de su relación laboral, entre los que figura expresamente “la remuneración, incluida la retribución de base inicial, cualesquiera otros componentes, en su caso, indicados de forma separada, y la periodicidad y el método de pago de la remuneración a la que tenga derecho el trabajador” (art. 4). Lo segundo –el carácter predecible de lo abonado en concepto de salario–, por su parte, parece vincularse al propósito, más general, del Pilar, de contribuir a la generación de “empleos seguros” –así denominados por el Principio 5–, lo que cabría vincular con la garantía de condiciones laborales estables y, por tanto, de calidad –aun cuando el citado Principio 5 apele asimismo al carácter “adaptable” de los empleos–.

### 4.3. La Directiva (UE) 2022/2041, sobre unos salarios mínimos adecuados en la UE

#### 4.3.1. Una Directiva para la “mejora de las condiciones de vida y de trabajo”

La puesta en práctica del Pilar Europeo se halla en el origen de la Directiva. Puesta en práctica, a “escala europea y de los Estados miembros”, a la que ya apeló la Agenda Estratégica para 2019-2024<sup>31</sup> y que reiteró el documento Orientaciones Políticas para la Comisión 2019-2024<sup>32</sup>. En dicho contexto, asimismo, la Comunicación de la Comisión “Una Europa social fuerte para unas transiciones justas” señaló que “los trabajadores de Europa deben tener un salario mínimo justo que les permita tener una vida digna”, para lo que aboga por la fijación de salarios mínimos “según las tradiciones nacionales, mediante convenios colectivos o disposiciones legales”<sup>33</sup>.

Tal propósito, finalmente, se materializa en la Directiva (UE) 2022/2041, sobre unos salarios mínimos adecuados en la UE. Una intervención que se sustenta en los arts. 151.1 y 153.1.b) TFUE: conforme a estos, en efecto, “la Unión y los Estados miembros tendrán como objetivo (...) la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso” (art. 151.1 TFUE), para lo que “la Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros”, entre otros, en el ámbito de las “condiciones de trabajo”. Unos preceptos, conviene remarcarlo, que refieren explícitamente la Carta Social Europea (de 1961) y la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales (de 1989) –art. 151.1 TFUE–, ambas con referencia expresas al derecho a remuneraciones “suficientes”, lo que puede interpretarse en clave de subsunción de estas últimas en la categoría más general de “condiciones de vida y de trabajo”. Pues así lo señaló, en ocasiones, la jurisprudencia europea, al sostener que estas comprenden, asimismo, condiciones relativas a pagos o salarios<sup>34</sup>, doctrina, por cierto, en el proceso de aprobación de la Directiva analizada, recordada por las organizaciones sindicales.

Y la intervención, por otro lado, se estima compatible con la exclusión contemplada por el art. 153.5 TFUE –a cuyo tenor, como se recordará, “Las disposiciones del presente artículo no se aplicarán a las remuneraciones”<sup>35</sup>–, al no prever la Directiva, como se verá, ningún mecanismo uniforme de fijación de salarios mínimos, ni, por supuesto, pretender la armonización de estos en todos los Estados de la UE (Considerando 19). Lo que

<sup>31</sup> Consejo Europeo, Bruselas, 20 de junio de 2019.

<sup>32</sup> Documento elaborado por la entonces candidata a Presidenta de la Comisión Europea, U. Von der Leyen, “Una Unión que se esfuerza por lograr más resultados. Mi agenda para Europa”, p. 10

<sup>33</sup> Comunicación de la Comisión, de 14 de enero de 2020, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones (COM (2020) 14 final), p. 8.

<sup>34</sup> Entre otras, SSTJUE de 13 de septiembre de 2007 (asunto C-307/05, Del Cerro Alonso, ECLI:EU:C:2007:509), y de 10 de junio de 2010 (asuntos, C-395/08 y C-396/08, Bruno, ECLI:EU:C:2010:329).

<sup>35</sup> Así como “al derecho de asociación y sindicación, al derecho de huelga ni al derecho de cierre patronal”. Lo que la doctrina ha calificado de “compromiso ordoliberal” de no intervención en ciertas áreas: BAYLOS GRAU, Antonio, La Directiva sobre salarios mínimos adecuados en la Unión Europea. *Nueva Tribuna*. <https://www.nuevatribuna.es/articulo/global/directiva-salarios-minimos-ade cuados-union-europea-laboral-ue/20221028130805204416.html>

se deduce del citado precepto, en efecto, es que la Unión no puede imponer a los Estados el modo en que han de cuantificarse los salarios, ni tampoco su importe, pero no por ello ha de entenderse prohibida toda intervención en la materia –por cierto ya contempladas, de modo más o menos explícito, en otras normas, más recientemente en las Directivas 2019/1158<sup>36</sup> o 2019/1152<sup>37</sup> y, tradicionalmente, en el marco de las Directivas antidiscriminatorias<sup>38</sup>, si bien ciertamente al amparo de títulos competenciales singulares<sup>39</sup>.

En cualquier caso, el veto expresado por el citado art. 153.5 TFUE marca de modo decisivo la nueva norma. Pues, si bien la remuneración es, en efecto, susceptible de subsunción en la macro-categoría “condiciones de trabajo” –sobre las que sí cabe, en principio, intervención–, ello no basta para sortear materialmente la exclusión expresamente señalada por el art. 153.5 TFUE. De modo que, paradójicamente, inmersa en una suerte de “círculo vicioso competencial”<sup>40</sup>, la Directiva “sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea” se abstiene de toda intervención directa sobre los mecanismos internos de fijación de tales salarios, ni mucho menos ofrece una regulación a nivel europeo de estos últimos<sup>41</sup>. La norma, en gran medida, como se desarrollará a continuación, se ve replegada al terreno de las disposiciones meramente promocionales.

En cuanto a la técnica jurídica empleada, conforme a lo previsto por el art. 153.2.b) TFUE y previo desarrollo de las consultas con los interlocutores sociales *ex art.* 154.2 TFUE –que, sin embargo, no desembocaron en un acuerdo en la materia<sup>42</sup>, la

---

<sup>36</sup> 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, cuyo art. 10 prevé que “Los Estados miembros garantizarán que, al finalizar los permisos (...), los trabajadores tengan derecho a reincorporarse a su trabajo o a un puesto equivalente en unas condiciones, que no les resulten menos favorables, así como a beneficiarse de cualquier mejora de las condiciones laborales a la que hubieran tenido derecho si no hubieran disfrutado el permiso”, entendiéndose subsumidas las remuneraciones en las citadas condiciones o mejoras de estas.

<sup>37</sup> Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, que regula los procedimientos empresariales de información en materia de condiciones de trabajo, entre otras, salariales.

<sup>38</sup> Así, hoy por hoy, *ex art.* 4 de la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición).

<sup>39</sup> Este argumento también en GIMENO DÍAZ DE ATAURI, Pablo, La Directiva de salarios mínimos adecuados..., *op. cit.*, p. 43.

<sup>40</sup> BOGONI, Milena, La regulación europea del salario mínimo en la Directiva (UE) 2022/2041, de 19 de octubre. *Temas laborales*. Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, núm. 166, 2023, p. 182, que recoge la distinción, efectuada por la doctrina italiana, entre retribución entendida como condición de trabajo, por consiguiente incluida entre las materias competencia de la UE y retribución “tout court”, en cambio, potestad de los Estados miembros, o, dicho de otro modo, entre, respectivamente, “retribución-obligación social” y “retribución-compensación económica”.

<sup>41</sup> LOFFREDO, Antonio, ORLANDINI Giovanni, La propuesta de Directiva de la Unión Europea sobre el salario mínimo adecuado..., *op. cit.*, p. 1.

<sup>42</sup> Desde el 14 de enero y hasta el 25 de febrero de 2020, es puesta en marcha la primera fase de consultas a los interlocutores sociales sobre una posible acción para abordar los retos relacionados con un salario mínimo justo (C (2020) 83 final). La segunda fase de consultas (C (2020) 3570 final), ya relativa al contenido e instrumento jurídico a utilizar, se desarrolló entre el 3 de junio y el 4 de septiembre de 2020.

intervención adopta la forma de directiva; instrumento, como es sabido, comprensivo de normas mínimas cuya transposición corresponde, en el plazo para ello estipulado (hasta el 15 de noviembre de 2024), a los Estados miembros –que, a su vez, podrán confiar su aplicación a los interlocutores sociales (art. 17)–. Debe destacarse, con todo, la naturaleza esencialmente política –tal vez más que jurídica– de la nueva norma. Naturaleza, por un lado, “forzada” por la compleja base jurídica en que se articula –habida cuenta la permanente necesidad de esquivar la exclusión señalada por el art. 153.5 TFUE, como se verá, de modo muy palpable, a lo largo del texto– y también fruto del cambio de rumbo –ideológico y, por tanto, político– que representa. El diagnóstico de situación del que parte la Directiva es, a efectos de esto último, sumamente ilustrativo: las instituciones europeas que por mucho tiempo han abogado por una vinculación, cuasi-exclusiva, de los salarios a la productividad –con el correlativo desprecio a su fijación en el nivel supra empresarial–, muestran ahora preocupación por la erosión de las estructuras tradicionales, sectoriales e intersectoriales, de la negociación colectiva. Lo que, sin embargo, achacan solamente a factores externos: el Considerando 16 de la Directiva refiere, así, factores como “los cambios estructurales de la economía hacia sectores menos sindicalizados” o “la disminución de la afiliación sindical relacionada con el aumento de las formas de trabajo nuevas y atípicas”. Incluso resulta especialmente ilustrativo el sostén en una norma internacional –el Convenio 131 de la OIT, a que alude el Considerando 8– de la que hasta ahora la UE se había alejado sensiblemente.

#### 4.3.2. Objetivos y prescripciones

Pese a la exigua fundamentación competencial de la Directiva –y el veto que le condiciona–, esta persigue, en esencia, la configuración de un marco normativo para la consecución de tres objetivos básicos (art. 1): adecuar los salarios mínimos legales con el objetivo de lograr unas condiciones de vida y de trabajo dignas, fomentar la negociación colectiva sobre la fijación de salarios y procurar el acceso efectivo –y generalizado– de los trabajadores a las herramientas internas –legales o convencionales– de protección de aquéllos.

A tales efectos, conforme a una concepción expansiva al uso<sup>43</sup>, se estiman trabajadores todos aquellos que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral conforme a lo previsto en la legislación, los convenios colectivos o los usos vigentes en cada Estado miembro, teniendo en cuenta la jurisprudencia del TJUE (art. 2)<sup>44</sup>. A lo que se suma, ya en los Considerandos de la norma, la referencia explícita, con clara vocación universalizadora, a categorías singulares –“los trabajadores domésticos, los trabajadores según demanda, los trabajadores intermitentes, los trabajadores retribuidos mediante vales, los trabajadores de plataformas digitales, los trabajadores en prácticas, los aprendices y otros

<sup>43</sup> Así lo destaca también BOGONI, Milena, *La regulación europea del salario mínimo...*, *op. cit.*, p. 188.

<sup>44</sup> Sobre el particular, por todo, CABEZA PEREIRO, Jaime, *El concepto de trabajador en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Documentación Laboral*. Madrid, Ediciones Cinca, vol. 1, núm. 113, 2018, p. 45 y siguientes.

trabajadores atípicos, así como los falsos autónomos y los trabajadores no declarados” (Considerando 21)– o especialmente vulnerables –“las mujeres, los trabajadores más jóvenes, los trabajadores migrantes, los progenitores de familias monoparentales, los trabajadores poco cualificados, las personas con discapacidad y, en particular, las personas que sufren múltiples formas de discriminación” (Considerando 10)–.

Para todos ellos, la nueva norma, además de impulsar la articulación de sistemas convencionales de fijación de salarios mínimos, pretende influir –aun indirectamente–, en el monto o cuantía estipulados, abogando por la adecuación, en términos económicos, de los salarios mínimos fijados legalmente. Adecuación –concepto jurídico indeterminado– que la Directiva define en términos teleológicos, al concebirse tales salarios mínimos adecuados como condición necesaria para alcanzar “condiciones de vida y de trabajo dignas”, así como para “contribuir a una convergencia social al alza” y “reducir la desigualdad salarial” (art. 1 y, en desarrollo de este, art. 5).

Al tiempo que identifica su objeto, la norma europea señala, asimismo, conforme a la prohibición expresada por el art. 153.5 TFUE, aquellos ámbitos inalterados por la misma, operando una delimitación negativa sin duda singular y en cierto modo contrapuesta a su propósito último –la protección económica de las personas trabajadoras vía salarios mínimos–. La Directiva, en efecto, debe entenderse “sin perjuicio de las competencias de los Estados miembros en la fijación del nivel de los salarios mínimos” y ha de “respetar plenamente el derecho a la negociación colectiva” (art. 1, apartados 3 y 4). La norma, por tanto, ni establece la obligación de fijación de un salario mínimo legal, ni impone sistema alguno de regulación convencional de salarios mínimos. Y no configura, por supuesto, herramienta alguna de determinación e imposición de salarios mínimos a escala europea.

Todo ello –la configuración de un objetivo indirecto o mediato (la generación de condiciones de vida y de trabajo dignas mediante salarios mínimos), el recurso a conceptos jurídicos indeterminados (la adecuación de dichos salarios) y la identificación de materias cuya intervención resulta vetada– confiere a la Directiva un elevadísimo grado de inconcreción –casi de abstracción–. Y tal es, con toda probabilidad, una de sus debilidades –intrínsecas– más destacadas, por mucho que se halle fundamentada en el reparto competencial arbitrado por el Derecho originario.

La Directiva, por otro lado, contempla –y respeta– los dos modelos de fijación de salarios –legales y convencionales–, respecto de los cuales el legislador europeo no muestra abiertamente preferencia alguna. La norma, cuya estructura viene determinada por tal dualidad de sistemas, tan sólo establece –bien a modo de recomendaciones, bien con carácter imperativo– disposiciones de aplicación a sistemas legales de fijación de salarios mínimos –las del Capítulo II–, previsiones dirigidas a sistemas convencionales –las señaladas en el art. 4– y “Disposiciones horizontales” predicables de ambos –las del Capítulo III, que procuran, en esencia, el cumplimiento efectivo de lo preceptuado–.

En el marco del Capítulo II y, por tanto, para el caso de salarios mínimos legales, la Directiva establece la obligación de los Estados miembros de garantizar una fijación y actualización de tales salarios mínimos conforme a “criterios establecidos para contribuir a su adecuación, con el objetivo de lograr un nivel de vida digno, reducir la pobreza de

los ocupados, fomentar la cohesión social y la convergencia social al alza” (art. 5). La concreta definición de tales criterios se encomienda a los Estados de conformidad con las prácticas nacionales, siendo susceptibles de fijación bien por ley, bien por decisión de los organismos competentes, bien en acuerdos tripartitos. Con todo, la norma establece dos previsiones de obligado cumplimiento. Tales criterios, en primer término, han de definirse “de forma clara”. En segundo lugar, ya desde una óptica material, al menos los siguientes elementos han de incluirse entre los criterios de fijación y actualización de los salarios: “el poder adquisitivo de los salarios mínimos legales, teniendo en cuenta el coste de la vida”; “la cuantía general de los salarios brutos y su distribución”; “la tasa de crecimiento de los salarios”; y “los niveles y la evolución de la productividad nacional a largo plazo”. Y la norma, además, contempla la posibilidad de utilización de un “mecanismo automático de indexación de los salarios mínimos legales”, con la condición de que su aplicación “no dé lugar a una disminución del salario mínimo legal”.

Finalmente, la Directiva aboga por el recurso, a efectos de ponderación de la adecuación de los salarios mínimos legales, a “valores de referencia indicativos”, entre los que refiere aquellos “comúnmente utilizados a escala internacional, como el 60 % de la mediana salarial bruta y el 50 % del salario medio bruto”. Referencias que, conviene remarcarlo, han transitado desde un Considerando del proyecto inicial (el 21) al articulado de la norma y que se han interpretado como una invitación a la utilización del denominado “índice Kaitz”, por cierto, no coincidente con la referencia utilizada por el Comité Europeo de Derechos Sociales –que atiende al salario medio neto (60 %) y no bruto–. En cualquier caso, si bien los criterios de fijación y actualización de salarios no figuran priorizados, ni precisados, ni la norma aboga por la consideración de un concreto límite mínimo –optando por la enumeración, a título ejemplificativo, de dos posibles referencias– la mejora operada es evidente. El salario mínimo legal, en efecto, no sólo se conecta con una mínima capacidad adquisitiva –lo que, en un escenario de inflación tan elevada, es particularmente relevante–, sino también con valores salariales medios –lo que implica su vinculación a la evolución real del mercado de trabajo–.

Ya en clave dinámica, la norma apela a la actualización “periódica y oportuna” de los salarios mínimos legales al menos cada 2 años o, de recurrirse al mecanismo de indexación automático, al menos cada 4 años, observándose de nuevo una mayor concreción del texto aprobado que finalmente sí incorpora una periodicidad mínima –si bien, en el mejor de los casos, bianual, lo que, en escenarios muy volátiles, como el presente, puede resultar insuficiente–.

Especial mención merece, por otro lado, el art. 6 de la Directiva, a cuyo amparo se establece la posibilidad de introducir matices de diversa índole: particularidades y excepciones a los salarios mínimos legales. Cabe, así, la fijación de diversos tipos de salarios mínimos legales para “grupos específicos de trabajadores”, así como la articulación de deducciones de la remuneración “hasta un nivel inferior al del correspondiente salario mínimo legal”. “Variaciones” y “deducciones”, según la terminología empleada por la norma, que habrán de respetar los principios de no discriminación y proporcionalidad, así como justificarse en la atención de una finalidad legítima.

Debe destacarse, por otro lado, la apuesta del proyecto por la participación de los interlocutores sociales en los procesos de fijación y actualización de los salarios mínimos legales (art. 7). Los Estados miembros, en efecto, se hallan obligados a adoptar las medidas necesarias para garantizar tal participación “de manera oportuna y efectiva” —señaladamente, en órganos consultivos de asesoramiento—, tanto a efectos de selección y aplicación de los criterios de fijación y de los valores de referencia indicativos de la adecuación, como a efectos de actualización, establecimiento de excepciones y recogida de datos o realización de estudios.

Finalmente, con objeto de mejorar el acceso de los trabajadores a los salarios mínimos legales, los Estados miembros, en cooperación con los interlocutores sociales, han de adoptar, “según proceda”, las medidas siguientes (art. 8): establecerán controles e inspecciones *in situ*, velando por su efectividad, proporcionalidad y carácter no discriminatorio; y fomentarán que las inspecciones “se centren activamente en los empleadores que incumplan la normativa y los persigan”.

A los Estados con sistemas convencionales de fijación de salarios mínimos se dirigen las previsiones contempladas por el art. 4 de la Directiva, dirigidas a “aumentar la cobertura de la negociación colectiva”, a su vez, expresamente definida como la “proporción de trabajadores a escala nacional a los que se aplica un convenio colectivo” (art. 3). A tales efectos, la Directiva contempla las siguientes medidas, de aplicación preceptiva por los Estados Miembros —con la participación de los interlocutores sociales—: en primer término, “el desarrollo y el refuerzo de [las] capacidades de los interlocutores sociales para participar en la negociación colectiva sobre la fijación de salarios, en particular a nivel sectorial o intersectorial”; en segundo lugar, el fomento de unas “negociaciones constructivas, significativas e informadas” en materia salarial; finalmente, la adopción de medidas para la protección del ejercicio del derecho a la negociación colectiva sobre la fijación de salarios, velando por la no discriminación de trabajadores y representantes sindicales participantes en la misma, así como por la no injerencia mutua, en el proceso, de sindicatos y organizaciones patronales. Finalmente, especial atención merecen aquellos Estados en los que la tasa de cobertura no alcance el 80 %, conminados, por la norma europea, al establecimiento de un “marco de condiciones que favorezcan la negociación colectiva”<sup>45</sup>. De modo que, si bien las medidas requeridas no resultan ni mínimamente esbozadas —de ahí el grado de abstracción más arriba referido—, debe remarcarse la intención del legislador europeo de propiciar el desarrollo de la negociación colectiva, señaladamente a nivel sectorial e intersectorial —respondiendo así a la denunciada erosión paulatina de esta (Considerando 16)—. Lo que, a sensu contrario, tal vez pudiera interpretarse como un mandato —o recomendación— de revisión de aquellas herramientas internas de inaplicación de salarios convencionales —muchas de ellas, como se recordará, ideadas o reforzadas tras la crisis financiera de 2008—.

---

<sup>45</sup> Resultando obligados muchos Estados, entre otros, según se ha apuntado, muy probablemente España, ÁLVAREZ ALONSO, Diego, Salarios mínimos en la UE: propuesta de Directiva e implicaciones para España. *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*. Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, núm. 151, 2021, p. 53

## 5. Algunas conclusiones

En el ámbito de la UE, la intervención operada en materia de salarios mínimos, por medio de la Directiva (UE) 2022/2041, conforma una novedad muy destacable. Fruto del consenso generado en torno al Pilar Europeo de Derechos Sociales revela cierto cambio de rumbo, aún sutil, en la política social europea: es, en efecto, muestra de una preocupación –¡por fin!–, por la creciente pobreza de los trabajadores. Constatada expresamente la erosión de sus retribuciones –achacada, a su vez, a un debilitamiento de las estructuras convencionales sectoriales–, la estricta vinculación de los salarios a la competitividad empresarial, hasta el momento defendida, se atenúa, procurando la nueva norma la articulación de instrumentos que mantengan a salvo un importe mínimo. Por ello, si bien el diagnóstico en modo alguno se vincula a las directrices precisamente emanadas de Europa –de modo muy señalado tras la crisis de 2008–, en términos políticos o ideológicos, la Directiva (UE) 2022/2041 debe acogerse favorablemente.

Y también en clave estrictamente jurídica, pese a sus limitaciones intrínsecas –fruto, como se ha destacado, de la reserva competencial operada por el art. 153.5 TFUE–, la Directiva ha de calificarse de relevante. Esto es, pese a su vaguedad o abstracción y aun en clave promocional en muchas ocasiones, presenta aspectos muy positivos. Esta, en efecto, sienta de modo expreso la necesidad de fijación de topes salariales mínimos, respecto de los que predica, por lo demás, una condición o característica, si bien de difícil aprehensión, muy destacada: su “adecuación”. Asimismo, asigna a los Estados tareas de control y seguimiento, restringe posibles excepciones a los salarios mínimos e impulsa la negociación colectiva supra empresarial. En términos comparativos o evolutivos, en particular –habida cuenta el tradicional silencio europeo en la materia (sin perjuicio, por supuesto, de las trascendentes intervenciones en materia de igualdad retributiva)– conforma un hito sin precedentes, esperemos revelador de un genuino cambio de tendencia. Por vez primera, en efecto, la armonización, aún indirecta, alcanza un ámbito, el retributivo, hasta el momento prácticamente inexplorado. Y ello, además, otorgando a los negociadores un papel central en el diseño de la política de rentas.

En los órdenes internos, aún en Estados con sólidos sistemas de fijación de salarios –particularmente, legales, como en el caso de España– es de esperar que la transposición de la Directiva redunde en la consecución de al menos dos objetivos. En primer lugar, en una mejora, en términos cuantitativos, de los salarios mínimos, que, de nuevo en el centro del debate, deben alcanzar los estándares internacionales: los referidos a título ejemplificativo por la norma –el 60 % de la mediana salarial bruta o el 50 % del salario medio bruto– u otros –conforme a lo indicado por el Comité Europeo de Derechos Sociales, el 60 por 100 del salario medio nacional neto–. En segundo término, toda vez que la norma encomienda velar por la “adecuación” del salario para la consecución de “un nivel de vida digno”, cabría esperar otra consecuencia, aún indirecta: el acotamiento o eliminación de herramientas que, al calor de las sucesivas crisis, convirtieron al salario en una herramienta más de flexibilidad interna, a menudo con desdén a su necesario carácter sinalagmático y justicia.

## 6. Bibliografía

- AA.VV. (Dir.: SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, VIVERO SERRANO, Juan Bautista), *La construcción del Derecho del Trabajo de las redes empresariales*. Granada, Comares, 2019.
- AA.VV. (Dir.: TODOLÍ SIGNES, Adrián, PEIRÓ SILLA, José María), *El trabajo en las plataformas digitales en la Comunitat Valenciana II*. Generalitat Valenciana, Valencia, 2022.
- ÁLVAREZ ALONSO, Diego, Salarios mínimos en la UE: propuesta de Directiva e implicaciones para España. *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*. Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, núm. 151, 2021, p. 33-55.
- BAYLOS GRAU, Antonio, La Directiva sobre salarios mínimos adecuados en la Unión Europea *Nueva Tribuna*. <https://www.nuevatribuna.es/articulo/global/directiva-salarios-minimos-adecuados-union-europea-laboral-ue/20221028130805204416.html>
- BOGONI, Milena, La regulación europea del salario mínimo en la Directiva (UE) 2022/2041, de 19 de octubre. *Temas laborales*. Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, núm. 166, 2023, p. 171-207.
- BURRIEL RODRÍGUEZ-DIOSDADO, Pepa, El salario mínimo interprofesional en España y la Carta Social Europea: el desacuerdo permanente. *Lex Social*. Sevilla, Universidad Pablo de Olavide, vol. 12, núm. 1, 2022, p. 498-529.
- CABEZA PEREIRO, Jaime, El concepto de trabajador en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Documentación Laboral*. Madrid, Ediciones Cinca, vol. 1, núm. 113, 2018, p. 45-58.
- CAMPS RUIZ, Luis Miguel, La protección de los salarios en la historia de la OIT. *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*. Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, núm. 147, 2020, p. 249-278.
- CARRIL VÁZQUEZ, Xosé Manuel: Pobres con trabajo: una categoría estadística en la Unión Europea y un colectivo sin entidad jurídica en España, al menos en su Derecho del Trabajo y Seguridad Social. *Documentación Laboral*. Madrid, Ediciones Cinca, vol I, núm. 122, 2021, p. 73-88.
- En 1000 palabras, el (in)cumplimiento español en materia salarial de la Carta Social Europea (Nihil novum sub sole), Brief AEDTSS, <https://www.aedtss.com/en-1000-palabras-el-incumplimiento-espanol-en-materia-salarial-de-la-carta-social-europea-nihil-novum-sub-sole/>
- CRUZ VILLALÓN, Jesús: Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía. *Temas laborales*. Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, núm. 138, 2017, p. 13-47.
- La promoción de salarios mínimos adecuados en la Unión Europea. *Blog de Jesús Cruz Villalón*. <http://jesuscruzvillalon.blogspot.com/2021/04/la-promocion-de-salarios-minimos.html>.

- ESTRADA BALLESTEROS, David, Convenio sobre la fijación de salarios mínimos. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*. Italia, Adapt University Press, vol. 7, núm. 0, 2019, p. 1033-1048.
- FERNÁNDEZ PROL, Francisca, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Sonia, Trabajadores inmersos en procesos de subcontratación transnacional: ¿qué protección desde el plano internacional? *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, vol. 52, núm. 156, 2019, p. 1383-1406.
- GIMENO DÍAZ DE ATAURI, Pablo, La Directiva de salarios mínimos adecuados: contenido e impacto de su trasposición al ordenamiento jurídico español. *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*. Sevilla, Universidad de Sevilla, núm. 6, 2022, p. 37-70.

### *Informes de la OIT*

- Las plataformas digitales y el futuro del trabajo, Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital*, Ginebra, 2019.
- Informe Mundial sobre Salarios 2022-2023: El impacto de la inflación y de la COVID-19 en los salarios y el poder adquisitivo*, Ginebra, 2023.
- LOFFREDO, Antonio, ORLANDINI Giovanni, La propuesta de Directiva de la Unión Europea sobre el salario mínimo adecuado. *NET21* (<https://www.net21.org/>). núm. 4, 2021, p. 1-6.
- RAMOS QUINTANA, Margarita, El Pilar Europeo de Derechos Sociales: la nueva dimensión social europea. *Revista de Derecho Social*. Albacete, Bomarzo, núm. 77, 2017, p. 19-42.
- SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, *Redes empresariales y Derecho del Trabajo*. Granada, Comares, 2016.
- SUÁREZ CORUJO, Borja, La gran transición: la economía de plataformas digitales y su proyección en el ámbito laboral y de la seguridad social. *Temas laborales*. Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, núm. 141, 2018, p. 37-66.
- TOMÁS MALLÉN, Beatriz, El impacto del Pilar Europeo de Derechos Sociales en la legislación española. *Lex Social*. Sevilla, Universidad Pablo de Olavide, vol. 13, núm. 1, 2023, p. 1-24.

# De la tutela antidiscriminatoria a la protección de situaciones de vulnerabilidad. Posibilidades y límites en el derecho de la Unión Europea

From anti-discriminatory protection to the protection of situations of vulnerability. Possibilities and limits in the law of the European Union

Beatriz Rodríguez Sanz de Galdeano

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Pública de Navarra*

ORCID ID: 0000-0002-3656-951X

Recibido: 1/9/2023

Aceptado: 3/9/2023

doi: 10.20318/labos.2024.8396

*Resumen:* En el presente artículo se realiza una aproximación a la construcción dogmática del concepto de vulnerabilidad llevada a cabo desde la Filosofía del Derecho, con el fin de analizar la virtualidad de esta nueva categoría en la interpretación y aplicación del derecho positivo y, muy en particular, en la garantía de la prohibición de discriminación en el ejercicio de cualquier derecho. Se presta especial atención a la utilidad de este nuevo concepto para superar algunas limitaciones del derecho discriminatorio, que todavía se encuentra anclado en la identificación de grupos objeto de discriminación y pierde de vista la toma en consideración de situaciones particulares e individualizadas de discriminación y la necesidad de asegurar un ejercicio efectivo de los derechos.

*Palabras clave:* Vulnerabilidad, discriminación, derecho de la UE, ajuste razonable.

*Abstract:* In this article, we study the concept of vulnerability carried out from the Philosophy of Law. The main aim is to analyze the virtuality of this new concept in the interpretation and application of law and, in particular, in the prohibition of discrimination. Special attention is paid to the usefulness of this new concept to overcome some limitation of discriminatory law.

*Keywords:* Vulnerability, discrimination, EU law, reasonable adjustments.

## 1. Introducción

En los últimos tiempos la expresión vulnerabilidad ha comenzado a calar en el discurso político y cada vez es más frecuente su uso en textos normativos, en documentos programáticos. Las palabras vulnerabilidad, persona vulnerable, situaciones de vulnerabilidad,

son ya expresiones comunes en el discurso político, que han experimentado un renovado interés durante la pandemia provocada por la Covid-19<sup>1</sup>. También se observa cómo la propia jurisprudencia, muy en particular la del TEDH, recurre al concepto vulnerabilidad como parte de su argumentación jurídica en casos relativos a la protección de refugiados, detenidos o minorías<sup>2</sup>.

Con todo, lo cierto es que no existe una definición jurídica del concepto de vulnerabilidad, a pesar de que sí ha sido objeto de una profunda reflexión en el campo de la Filosofía del Derecho<sup>3</sup>. Desde el lenguaje común se suele identificar la vulnerabilidad como la posibilidad de sufrir un riesgo o un daño<sup>4</sup>.

A pesar de esta cierta ambivalencia e indefinición del término, ha de notarse que en el ámbito de la Filosofía del Derecho hace ya tiempo que se viene hablando de la vulnerabilidad como un nuevo paradigma en la protección de los derechos humanos<sup>5</sup>. Sin embargo, este esfuerzo por dotar de contenido al concepto de vulnerabilidad y demostrar su virtualidad para un cambio en el enfoque del ejercicio de los derechos humanos, no ha trascendido todavía al ámbito del derecho positivo. Por ello, se corre el riesgo de que la falta de definición de esta nueva categoría, unida a la proliferación de su uso, pueda desembocar en una utilización vacua de este concepto, que acabe relegándola a una mera expresión de moda, vacía de significado<sup>6</sup>.

Ante este panorama, se impone un estudio detenido del estado de la cuestión en torno a la definición de la vulnerabilidad llevada a cabo desde la Filosofía del Derecho, pero que no se detenga ahí, sino que trate de explorar el impacto que esta nueva categoría

<sup>1</sup> ALENZA GARCÍA, J.F.: “Vulnerabilidad ambiental y vulnerabilidad climática”, *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. 10, 2019.

<sup>2</sup> LA BARBERA, M.: “La vulnerabilidad como categoría en construcción en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: límites y potencialidad”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 62, pp. 235 y ss. AL TAMIMI, Y.: “The Protection of vulnerable Groups and Individuals by the European Court of Human Rights”, *European Journal of human rights*, 2016/5, pp. 561 y ss.

<sup>3</sup> BARRÈRE UNZUETA, A.M.: “Vulnerabilidad vs Subdiscriminación? Una mirada crítica a la expansión de la vulnerabilidad en detrimento de la perspectiva sistémica”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 34, 2016.

<sup>4</sup> Así se utilizó inicialmente también en política, como un criterio de gestión del riego. MORONDO TARAMUNDI, D.: “¿Un nuevo paradigma para la igualdad? La vulnerabilidad entre condición humana y situación de indefinición”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 34, 2016, pp. 205 y ss. GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La dimensión europea de la protección social de los grupos vulnerables” en AA.VV. (coord. FERNÁNDEZ LIESA, C.R. MARIÑO MENÉNDEZ, F.M.): *La protección de las personas y grupos vulnerables en el derecho europeo*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2001, pp. 449 y ss.

<sup>5</sup> BARRANCO AVILÉS, M.C.: “Derechos Humanos y vulnerabilidad. Los ejemplos de sexismo y el edadismo”, en AA.VV. (coord.: BARRANCO AVILÉS, M.C. y CHURRUCÁ MUGURZA, C.): *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, 2014, p. 21, señala que las orientaciones tradicionales se dirigían “casi exclusivamente a la protección de los sujetos vulnerables, desconsiderando su voluntad y descuidando su participación en los procesos políticos en general y en las decisiones que les afectan como grupo o individualmente en especial. Las intervenciones adquieren de este modo un carácter paternalista.”

<sup>6</sup> ALENZA GARCÍA, J.F.: “Vulnerabilidad ambiental...”, op. cit., p. 5. MORONDO TARAMUNDI, D.: “¿Un nuevo paradigma para la igualdad?...”, op. cit., p. 207.

puede tener en la interpretación y aplicación del derecho positivo y, muy en particular, en la garantía de la prohibición de discriminación en el ejercicio de cualquier derecho.

Con este objetivo se procederá, en primer lugar, a realizar una aproximación a las características de la vulnerabilidad como nuevo paradigma en la protección de derechos. En este punto, se prestará especial atención a la utilidad de este nuevo concepto para superar algunas limitaciones del derecho discriminatorio, que todavía se encuentra anclado en la identificación de grupos objeto de discriminación y pierde de vista la toma en consideración de situaciones particulares e individualizadas de discriminación y la necesidad de asegurar un ejercicio efectivo de los derechos.

En una segunda parte del estudio, se prestará atención a la recepción de este concepto en la jurisprudencia de la TEDH que, con una cierta indefinición, comienza a utilizar esta nueva categoría en cada vez más resoluciones.

Esta permeabilidad al concepto en las resoluciones del TEDH contrasta con la normativa y práctica judicial en el ámbito de la UE que, como se verá, todavía se centra en el análisis de las categorías y ámbitos tradicionales de discriminación tal y como han sido definidos en el derecho derivado. No ocurre lo mismo, sin embargo, en los documentos programáticos de la UE y en alguna normativa sectorial que comienza a acoger el concepto vulnerabilidad.

Tras este recorrido se tratará de avanzar cuáles son los retos que la normativa en materia de discriminación de la UE afronta para reconocer las situaciones de vulnerabilidad y prevenirlas.

## **2. Vulnerabilidad: construcción dogmática ante los límites del derecho antidiscriminatorio**

Inicialmente, el concepto de vulnerabilidad como categoría jurídica nació asociado al derecho antidiscriminatorio; se observaba que había ciertos grupos que se encontraban en una posición de inferioridad a la hora de ejercer ciertos derechos<sup>7</sup>. Esta constatación justificaría la intervención del Estado a través de políticas dirigidas a estos concretos grupos con el fin de protegerlos. Ahora bien, inicialmente, estas políticas se centraron en la protección de los colectivos tradicionales, tales como niños, mujeres, personas con discapacidad. Es lo que se ha conocido como especificación de derechos que<sup>8</sup>, en un primer momento, sirvió para traspasar los límites de la igualdad formal, pero que, posteriormente, se ha criticado por conducir a la creación de categorías consideradas débiles

<sup>7</sup> CHURRUCÁ MUGURUZA, C.: "Introducción" en AA.VV. (coord.: BARRANCO AVILÉS, M.C. y CHURRUCÁ MUGURUZA, C.): *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, 2014, p. 9.

<sup>8</sup> PECES BARBA, G.: "Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto", *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 6, 1998, pp. 1 y ss. CORREA CARRASCO, M.: "Los derechos laborales de los grupos vulnerables en el derecho social europeo", en AA.VV. (coord. FERNÁNDEZ LIESA, C.R. MARIÑO MENÉNDEZ, F.M.): *La protección de las personas...*, op. cit., pp. 491 y ss.

para las que se arbitraron actuaciones protectoras con el fin de normalizarlas, es decir, de equipararlas al estándar del sujeto que puede ejercer plenamente sus derechos (hombre, blanco, burgués)<sup>9</sup>.

Esta constatación ha llevado a que la vulnerabilidad como categoría jurídica haya sido objeto de una profunda revisión entre la doctrina académica, con el fin de desvincularla de la categoría de grupo y llamar la atención sobre la universalidad de tal concepto. En este sentido, ha de destacarse la aportación de FINEMAN<sup>10</sup> que caracterizó el concepto de vulnerabilidad en torno a cuatro elementos fundamentales: universalidad, constancia, complejidad y particularidad. Para esta autora la vulnerabilidad es una característica inherente a la condición humana y no únicamente vinculada a determinados grupos. Asimismo, la vulnerabilidad es compleja porque se puede manifestar en forma de daños a físicos, puede crear daños en nuestras relaciones con otras personas o con las instituciones.

Por último, la vulnerabilidad es particular porque depende de las características físicas, mentales o de la diferente posición social. Todo esto hace que cada persona, según la teoría de Fineman, tenga diferentes experiencias de vulnerabilidad. La autora insiste en que no resulta aconsejable una aproximación en grupos que pueda conllevar a estigmatizar, sino que hay que conjugar la universalidad del concepto con la particularidad de cada situación de vulnerabilidad.

A partir de aquí, la autora apuesta por un Estado responsable, que arbitre medidas para evitar las situaciones de vulnerabilidad, pero tomando como referente la garantía de una autonomía real en el ejercicio de los derechos, más allá de la acuñada en el marco del estado liberal, que entendía al sujeto individual como libre para el ejercicio de los derechos, sin tener en cuenta diversos condicionantes que determinan que no todos los individuos están en la misma posición a la hora de ejercer tales derechos. Por ello, con el nuevo concepto de vulnerabilidad no se trata ya tanto de eliminar particulares situaciones de vulnerabilidad que conducen a discriminación, sino de adoptar medidas que garanticen un ejercicio real de los derechos, partiendo del reconocimiento de particulares vulnerabilidades<sup>11</sup>. Se advierte sobre la necesidad de superar el concepto de grupo vulnerable y hablar, en general, de la vulnerabilidad como una característica ínsita al ser humano y susceptible de manifestarse según el momento. En definitiva, se constata que todos somos potencialmente vulnerables dependiendo del contexto.

Este concepto de vulnerabilidad, centrado en su universalidad, ha sido objeto de algunas críticas que advierten del riesgo de invisibilizar algunos elementos clave del sistema de poder que conducen a la vulnerabilidad y que explican la mayor vulnerabilidad de cier-

<sup>9</sup> Vid. Sobre esta cuestión desde la perspectiva del Derecho del Trabajo: BAYLOS GRAU, A.: “Desigualdad, vulnerabilidad y precariedad en el análisis jurídico de género”, *Revista de Derecho Social*, núm. 72, 2015, pp. 43 y ss. Vid. También: ROJO TORRECILLA, E. (coord.): *Vulnerabilidad de los derechos laborales y de protección social de los trabajadores*, Huygens, 2015; FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A. (coord.): *Crisis de empleo, integración y vulnerabilidad social*, Aranzadi, Pamplona, 2017.

<sup>10</sup> FINEMAN ALBERTSON, M.: “The vulnerable subject and the responsive State”, *Emory Law Journal*, vol. 60, 2010 disponible en: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1694740](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1694740)

<sup>11</sup> MONEREO ATIENZA, C.: “Autonomía y vulnerabilidad en la era del capitalismo de la vigilancia. La perversión de la dimensión humana relacional”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2022, pp. 137 y ss.

tos colectivos. En este sentido, se ha apuntado que este planteamiento olvida que la vulnerabilidad tiene su origen en estructuras sociales que crean posiciones de subordinación<sup>12</sup>.

Más allá de disquisiciones teóricas, la principal virtualidad de la vulnerabilidad como categoría jurídica es que permite una reinterpretación de la normativa vigente con el fin de evitar cualquier tipo de discriminación y asegurar una auténtica igualdad material. Asimismo, también permite deducir una obligación positiva de los poderes públicos de adoptar medidas efectivas para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de todos los ciudadanos en función de su capacidad y circunstancias. Se atisba, por tanto, gracias a esta progresiva acogida del concepto vulnerabilidad, un nuevo avance en las políticas tradicionales en materia de protección contra la discriminación y garantía de la igualdad real en el disfrute de los derechos.

Una vez esbozada, de forma muy sintética, las connotaciones semánticas del concepto de vulnerabilidad y su posible virtualidad jurídica, la cuestión que interesa ahora analizar es cuál está siendo su grado de penetración en el ámbito europeo, qué virtualidad puede tener para avanzar en la tutela antidiscriminatoria de la UE y qué concretas manifestaciones del concepto cabe identificar en la práctica.

### 3. La recepción del concepto vulnerabilidad en la jurisprudencia del TEDH

Desde hace algunos años el TEDH comienza a referirse al concepto de vulnerabilidad en diversos pronunciamientos; si bien, no cabe todavía identificar una definición de vulnerabilidad en su jurisprudencia, pero utiliza tal categoría como base de su argumentación en cada vez más numerosos pronunciamientos<sup>13</sup>.

Una aproximación exhaustiva a los diversos pronunciamientos del TEDH en los que se hace referencia a la vulnerabilidad desbordaría el objeto de este artículo. Con todo, sí que resulta necesario realizar una aproximación genérica a algunos de los casos más relevantes en torno a este concepto, a las connotaciones que el TEDH anuda a tal concepto y a las funcionalidades para las que lo utiliza.

<sup>12</sup> BARRÈRE UNZUETA, M.A.: “Martha A. Fineman y la igualdad jurídica...”, pp. 29 y ss.

<sup>13</sup> AL TAMINI, Y.A.: “The protection of vulnerable Groups and Individuals by the European Court of Human Rights”, op. cit., pp. 561 y ss. Lleva a cabo un análisis estadístico de los casos del Tribunal hasta enero de 2014 e identifica 557 casos en los que la Corte ha utilizado el concepto. Recientemente, CATANZARITI, M.: “The juridification of vulnerability in the European legal culture”, *Oñati Socio-Legal Series, Legal culture and empirical research*, vol. 12, núm. 6, 2022, disponible en: <https://opo.iisj.net/index.php/osls/article/view/1442>, señala que los casos en los que se utiliza el concepto de vulnerabilidad superan los 2000, p. 1395

PERONNI, L TIMMER, A.: “Vulnerable groups: The promise o fan emerging concept in European Human Rights Convention law”, *International Journal of Constitutional Law*, Volume 11, Issue 4, October 2013, realiza un estudio sobre el origen del concepto de vulnerabilidad en la jurisprudencia de la corte europea. Vid. también BESSONS, S.: “La vulnérabilité et la structure des droits de l’homme: L’exemple de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme” en AA.VV.: *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Pedone, París, 2014, disponible en <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-02516199>. Estos autores critican el riesgo de que la corte opte por un concepto de grupo vulnerable sin justificar su construcción y desde un punto de vista paternalista

Ya en el año 1996 en el asunto *Buckley c. Reino Unido*<sup>14</sup>, un voto disidente se refirió por primera vez a la situación de vulnerabilidad de los gitanos y a la necesidad de tomar en consideración su particular modo de vida. Posteriormente, en el caso *Chapmain c. Reino Unido*<sup>15</sup> (2001) hubo un voto conjunto de jueces disidentes en el que apuntaban la necesidad de que los Estados facilitaran el modo de vida gitano. En el caso en cuestión los demandantes habían adquirido un terreno e instalado su caravana, sin tener un permiso para ello y fueron desalojados. En pronunciamientos posteriores el TEDH ha reconocido explícitamente la vulnerabilidad de los gitanos como minoría étnica.

A partir de estos primeros pronunciamientos el TEDH ha ido aludiendo a la vulnerabilidad en otros pronunciamientos. Así, se han considerado vulnerables los menores, los solicitantes de asilo, los presos, las víctimas de violencia de género las mujeres embarazadas, personas con discapacidad intelectual o personas con VIH<sup>16</sup>.

En estos pronunciamientos el TEDH se refiere a la necesidad de tener en cuenta la situación de vulnerabilidad del demandante, sin detenerse demasiado en la definición del concepto. En general, el TEDH tiende a utilizar el concepto de vulnerabilidad referido a un grupo que, por razones de carácter físico (enfermedad mental), sociales o culturales (minorías) o institucionales (detenidos o solicitantes de asilo), se encuentran en una condición de inferioridad, que hubiera requerido una atención específica por parte de las autoridades nacionales.

Con todo, comienza a haber pronunciamientos en los que más allá de la vulnerabilidad ligada a la pertenencia al grupo, el TEDH comienza también a atender la particular situación de la persona demandante. Así, en el caso B.S.C. contra España, la demandante, una prostituta negra en situación irregular, considera que había sido objeto un trato inhumano y degradante por parte de las autoridades policiales y de las instancias judiciales, debido a su condición de mujer, que ejerce la prostitución<sup>17</sup>. El Tribunal en este caso entendió que concurría una violación del art. 3 del Convenio en relación con el art 14 debido a que las autoridades españolas no habían realizado una investigación efectiva del incidente, teniendo en cuenta las actitudes racistas alegadas por la demandada. El Tribunal, por primera vez, parece tener en cuenta la concurrencia de una discriminación múltiple que da lugar a particular situación de vulnerabilidad de la mujer, motivada por su condición de mujer, negra y ejerciente de la prostitución. En concreto señala en el

<sup>14</sup> Demanda 20348/92, de 25 de septiembre de 1996

<sup>15</sup> Demanda. 27238/95. De 18 de enero de 2001

<sup>16</sup> Vid.: AL TAMINI, Y.: “The protection of vulnerable Groups...”, pp. 563 y ss; BESSON, S.: “La vulnerabilité dans la jurisprudence...”, op. cit., p. 81 y ss, recoge una tabla estadística en la que identifica el número de asuntos en los que se aborda la vulnerabilidad por categorías y se sitúa en primer lugar los detenidos, seguidos de los menores y las minorías territoriales y las personas con discapacidad intelectual. BARBERA, M.: “La vulnerabilidad como categoría en construcción...”, op. cit., pp. 241 y ss; DICONTI, E.: “La vulnerabilità nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo”, *Ars Interpretandi*, vol. 7, nº2, 2018, pp. 13 y ss.

<sup>17</sup> Asunto nº 47159/08, de 25 de julio de 2012. Comentada por ABRIL STOFFELS, R.: “ El reconocimiento judicial de la discriminación múltiple en el ámbito europeo”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, enero7abril, 2013, pp. 309 y ss.

apartado 71 de la sentencia que: “A la luz de los elementos de prueba proporcionados en este caso, el Tribunal estima que las decisiones dictadas por los Órganos Jurisdiccionales internos, no tuvieron en cuenta la vulnerabilidad específica de la demandante, inherente a su condición de mujer africana ejerciendo la prostitución. Las Autoridades faltaron así a la obligación que les incumbía, en virtud del artículo 14 del Convenio combinado con el artículo 3, de adoptar todas las medidas posibles para ver si una actitud discriminatoria hubiera podido, o no, desempeñar algún papel en los sucesos”.

Con anterioridad, en el caso en el caso Muñoz Díaz c. España<sup>18</sup>, el TEDH tuvo oportunidad de adoptar también un enfoque más particularizado, teniendo en cuenta la condición de mujer, gitana y dependiente económicamente del marido, sin embargo, el Tribunal resolvió el asunto atendiendo únicamente a la vulnerabilidad de la minoría gitana y a la necesidad de tomar en consideración su particular modo de vida<sup>19</sup>.

Cabe concluir, en suma, que en los pronunciamientos del TEDH se ha aumentado la toma en consideración de la vulnerabilidad en la interpretación de posibles violaciones del Convenio, si bien, el Tribunal no se detiene demasiado en la construcción del concepto, limitándose, por el momento, a identificar grupos que por diversos motivos pueden tener la condición de vulnerables.

Constatada la progresiva recepción de esta nueva categoría en los pronunciamientos del TEDH, la siguiente cuestión que se nos plantea es cuál es la aportación de este nuevo concepto en la interpretación del Convenio o, dicho de otro modo, con qué objeto recurre el TEDH a esta categoría de vulnerabilidad. En primer lugar, cabe concluir que el recurso a la categoría de vulnerabilidad permite al TEDH expandir las causas de discriminación recogidas en el art. 14 CEDH. Por otro lado, el recurso a esta técnica estrecha el margen de los Estados miembros para justificar un posible trato diferente<sup>20</sup>. Por último, el recurso a la vulnerabilidad sirve al TEDH para sacar a la luz la falta de actuación de los Estados para arbitrar medidas protectoras de los grupos o personas en situación de vulnerabilidad<sup>21</sup>. En general, en los pronunciamientos se acabó concluyendo que el Estado no actuó de forma adecuada atendiendo a la situación de vulnerabilidad, lo que, en la mayoría de las ocasiones, esconde la falta de medidas efectivas para paliar la situación de vulnerabilidad<sup>22</sup>.

<sup>18</sup> Asunto nº 49151/07, de 8 de diciembre de 2009.

<sup>19</sup> REY MARTÍNEZ, F.: “La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo. “, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 84, 2008, pp. 251 y ss, entiende que el caso se debería haber abordado desde la óptica de la discriminación múltiple.

<sup>20</sup> ARNARDÓTTIR, O.M.: “Vulnerability under Article 14 of the European Convention on Human Rights. Innovation or Business as Usual?”, *Oslo Law Review*, vol. 4, nº3-2017, P. 165; CATANZARITI, M.: “The juridification of vulnerability in the European legal culture”, op. cit.

<sup>21</sup> BESSONS, S.: “La vulnérabilité et la structure des droits de l’homme: L’exemple de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme” op. cit., pp. 73 y ss; DICONTE, E.: “La vulnerabilità nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo”, op. cit. pp. 18 y ss.

<sup>22</sup> LA BARBERA, M.: “La vulnerabilidad como categoría...”, op. cit., p. 243 y 244 echa en falta que en la argumentación del Tribunal no se contemplen de manera explícita las medidas que se espera que el Estado adopte.

#### 4. La recepción del concepto de vulnerabilidad en la normativa antidiscriminatoria de la UE y en la jurisprudencia del TJUE

##### 4.1. Discriminación en el Derecho de la UE: ausencia de constitucionalización y la limitada eficacia como principio general

La primera referencia a la discriminación y a su prohibición se contiene en el art. 119 del Tratado de Roma CEE de 1967 y se refiere precisamente a la prohibición de discriminación salarial por razón de sexo. Con anterioridad, los tratados fundacionales de la CECA reconocían con una motivación marcadamente económica, fundada en la necesidad de consecución de los objetivos del mercado único, la prohibición de discriminación en el acceso a los recursos económicos y en la remuneración y condiciones de trabajo entre trabajadores nacionales e inmigrantes<sup>23</sup>.

Posteriormente, el Tratado de Ámsterdam introdujo el art. 6 A en el TCE que permitía la adopción de medidas adecuadas para “luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”<sup>24</sup>. Este artículo, como posteriormente se verá, ha permitido el desarrollo de un nutrido grupo de Directivas en materia de discriminación.

Finalmente, el art. 6 del TUE, tras la redacción dada por el Tratado de Lisboa, contempla la adhesión expresa al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y señala que los derechos fundamentales en él garantizados forman parte del Derecho de la UE como principios generales. Por otro lado, reconoce el mismo valor jurídico que a los Tratados a los derechos libertades y principios de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, si bien, el art. 51.1. de la propia Carta señala que sus disposiciones se dirigen a las instituciones y a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión.

Tanto el Convenio Europeo como la Carta de Derechos Fundamentales en términos prácticamente idénticos recogen la prohibición de discriminación. Así, el art. 21.1 de la Carta prohíbe toda discriminación y, en particular, la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o

<sup>23</sup> Un esclarecedor recorrido por este devenir normativo en: MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: *La discriminación por asociación: desafíos sustantivos y procesales. Desde su creación por el Tribunal de Justicia a su recepción por la doctrina judicial española*, Aranzadi, Pamplona, 2021, pp. 30 y ss. Vid también: *Manual de legislación europea contra la discriminación*, edición 2018, disponible en: [https://www.echr.coe.int/documents/handbook\\_non\\_discr\\_law\\_spa.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/handbook_non_discr_law_spa.pdf), pp. 21 y ss.

<sup>24</sup> En su redacción actual, art. 19, TFUE, señala lo siguiente: “1. Sin perjuicio de las demás disposiciones de los Tratados y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Unión por los mismos, el Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán adoptar, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, los principios básicos de las medidas de la Unión de estímulo, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, para apoyar las acciones de los Estados miembros emprendidas con el fin de contribuir a la consecución de los objetivos enunciados en el apartado 1”.

convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. Por su parte, el art. 14 del CEDH prohíbe la discriminación y señala que: “el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

Se observa cómo tanto la Carta como el Convenio Europeo definen en términos amplios las posibles causas de discriminación, dando cabida a nuevas categorías más allá de las tradicionales vinculadas al sexo o a la raza. Además, ambos textos recogen una prohibición genérica de toda discriminación que puede permitir tomar en consideración nuevos factores de discriminación.

Con todo, el problema en lo referido específicamente al Derecho de la UE es su limitado valor. La recepción expresa que realiza el art. 6 del TUE de la Carta de Derechos Sociales y el reconocimiento como principios generales de los Derechos fundamentales reconocidos en el Convenio, han facilitado el camino ya iniciado con anterioridad por el TJUE para incorporar los derechos fundamentales al acervo comunitario, aunque sea a través de la interpretación judicial del derecho derivado. Sin embargo, el propio TJUE ha señalado que el principio de no discriminación en los términos descritos por la Carta solo puede aplicarse en el ámbito de las competencias de la UE<sup>25</sup>. Se echa en falta, por ello, la falta de incorporación al derecho originario de la UE de un catálogo con los derechos fundamentales y libertades básicos, que, de alguna manera, sirviera para visibilizar y armonizar las tradiciones constitucionales de los Estados Miembros<sup>26</sup>.

#### *4.2. Derecho derivado de la UE: de las primeras Directivas en materia de empleo y discriminación por razón de sexo a la frustrada propuesta de Directiva horizontal*

El bloque de derecho derivado de la UE en materia de discriminación tuvo un ámbito de aplicación limitado. Las primeras directivas en la materia se limitaron a recoger de forma muy parca la prohibición de discriminación y, tal y como se ha visto, se circunscribían básicamente al ámbito del empleo y protección social y al sexo y género como factores fundamentales de discriminación circunscribió inicialmente al ámbito del empleo y de la protección social y a la discriminación por razón de género como única causa contemplada<sup>27</sup>. Habrá que esperar a la denominada segunda generación de Directivas,

<sup>25</sup> STJUE de 26 de febrero de 2013, asunto C-617/10, *Aklagaren y Hans Akerberg Fransson* y, más recientemente, de 18 de diciembre de 2014, asunto C-354/13, *Fag og Arbejde (FOA) y Kommunernes Landsforening (KL)*.

<sup>26</sup> VALDÉS DAL RÉ: “Constitucionalismo laboral europeo”, en AA.VV.(dir.: CASAS BAAMONDE, M.E. y GIL ALBURQUERQUE, R.): *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018, pp. 21 y ss.

<sup>27</sup> En esta época han de destacarse las siguientes Directivas:

emanadas a partir del año 2000, para que se acogieran nuevas causas de discriminación en diferentes ámbitos.

Se incluyen en este grupo la Directiva 2000/43, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico. Se centra esta Directiva en una de las causas tradicionales de discriminación, la vinculada a la raza, pero con el objetivo ambicioso de prohibir las conductas discriminatorias en ámbitos que trascienden el empleo. El artículo 3 incluye dentro de su ámbito de aplicación el acceso a la orientación profesional, afiliación en organizaciones de trabajadores o profesionales, la protección social en sentido amplio, ventajas sociales, educación bienes y servicios disponibles, incluida la vivienda.

En segundo lugar, ha de mencionarse la Directiva 2000/78 del Consejo, de 27 de noviembre relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Esta Directiva se circunscribe al ámbito del empleo y la ocupación, pero amplía las causas de discriminación, reconociendo la discriminación por razón de religión o convicciones, discapacidad, edad, orientación sexual. Ha de destacarse que esta Directiva incluye por primera vez la obligación de realizar ajustes razonables para las personas con discapacidad y contempla expresamente la denegación de ajuste como una conducta discriminatoria y prohibida.

Por su parte, la Directiva 2004/113, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres el acceso a bienes y servicios y su suministro, vuelve a una de las causas tradicionales de discriminación, pero amplía el ámbito de protección más allá del empleo.

En este recorrido normativo, aunque no se trata de una directiva en materia de discriminación, ha de mencionarse la Directiva (UE) 2019/1158, de 20 de junio, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y cuidadores. Esta Directiva supone un avance significativo en el haz de derechos en materia de conciliación. Si bien, llama la atención que la Directiva pierde la oportunidad de clarificar

---

Directiva 76/207, de 9 de febrero de 1976, 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 ya a las condiciones de trabajo.

Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos

Directiva 79/7 del Consejo, de 19 de diciembre, sobre igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito de la Seguridad Social.

Directiva 86/378/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes no profesionales de seguridad social

Directiva 92/85 del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia.

Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo.

La Directiva 2006/54, del Parlamento y el Consejo de 5 de julio refundió las principales directivas mencionadas.

si las represalias por el ejercicio de estos derechos pueden constituir una causa específica de discriminación o han de considerarse una discriminación por razón de género. Sobre esta cuestión la Directiva simplemente se limita a exigir la adopción por los Estados de las medidas necesarias para prohibir los tratos menos favorables derivados del ejercicio de los permisos de conciliación<sup>28</sup>.

El último y frustrado capítulo en estas actuaciones normativas en materia de discriminación lo representa la propuesta de Directiva del Consejo, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual<sup>29</sup>. Esta Directiva tenía como objetivo ampliar la protección por discriminación en ámbitos nuevos, no protegidos por las Directivas anteriormente mencionadas. Así se pretendía aplicar la prohibición de discriminación por los motivos señalados en ámbitos como la protección social, beneficios sociales educación, acceso y suministro de bienes. Además, en lo referido a las personas con discapacidad, se extendía la obligación de adoptar medidas necesarias, incluido el ajuste, para garantizar un acceso no discriminatorio a la protección social, beneficios sociales, asistencia sanitaria, educación y acceso y suministro de bienes, incluidos vivienda y transporte.

#### *4.3. La resistencia del TJUE al reconocimiento de nuevas causas de discriminación*

De acuerdo con el marco normativo brevemente descrito, resulta que la Carta de Derechos Fundamentales de la UE prohíbe en términos amplios cualquier tipo de discriminación y relaciona un amplio elenco de causas de discriminación, entre las que se incluyen las tradicionales asociadas al género o a la raza, pero también otras más novedosas vinculadas con el patrimonio o nacimiento.

El Derecho derivado de la Unión no se ha mostrado tan ambicioso en su regulación y, aunque paulatinamente se ha extendido la protección en materia de discriminación a nuevos ámbitos, más allá del empleo y condiciones de trabajo y a nuevas causas, no existe una regulación que con carácter general consagra la prohibición de discriminación por cualquier circunstancia.

Tampoco el TJUE se ha mostrado abierto a una interpretación amplia de las causas de discriminación, que permita la acogida de nuevas situaciones de discriminación. Esta interpretación estricta se observa tanto en la interpretación de las propias directivas como en la valoración del alcance aplicativo del principio general antidiscriminatorio recogido en el vigente art. 19 TFUE y de la propia Carta de Derechos Fundamentales de la UE

En diferentes ocasiones el TJUE ha señalado que el principio general de prohibición de discriminación por los motivos recogidos en el art. 19 TFUE ha de interpretarse únicamente en el marco del Derecho de la UE y que, en consecuencia, no cabe extrapolar

<sup>28</sup> MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: *Cuidadores, igualdad y no discriminación y corresponsabilidad: la (r)evolución d ellos derechos de conciliación de la mano de la Directiva (UE) 2019/1158*, Bomarzo, 2023, pp. 52 y ss.

<sup>29</sup> De 2 de julio de 2008. COM (2008) 426 final.

sus efectos a situaciones no amparadas por una Directiva de referencia. Así lo señaló el Tribunal en su sentencia de 23 de septiembre de 2008, asunto C-427/06, *Bartsch*,<sup>30</sup>. También en cuanto a la virtualidad aplicativa de la prohibición de toda discriminación contemplada en el art 21 de la Carta de Derechos Fundamentales, el TJUE se ha mostrado prudente en cuanto a la necesidad de que exista un punto de conexión con el Derecho de la UE<sup>31</sup>, es decir, que las disposiciones de la Carta y en concreto el principio general antidiscriminatorio se han de aplicar en un supuesto englobado dentro del Derecho de la UE<sup>32</sup>.

Por otro lado, a la hora de interpretar las causas de discriminación tal y como son definidas en las Directivas, el TJUE también se ha mostrado restrictivo. Resulta muy representativa al respecto la jurisprudencia emanada en torno a la discriminación por razón de discapacidad, en la que se señala que no cabe la ampliación del campo de aplicación de la Directiva 2000/78 a supuestos similares, y ello a pesar de que se alegue expresamente que el principio de no discriminación forma parte de los principios generales de los derechos fundamentales. Así, en la STJUE, asunto C-13/05, *Chacón Navas*, de 11 de julio de 2006, señala expresamente que el principio de no discriminación: “vincula a los Estados miembros cuando la situación nacional sobre la que versa el litigio principal está incluida en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario (...) pero de ello no cabe deducir que el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 deba ampliarse...”.

Este entendimiento estricto de las causas de discriminación contrasta, tal y como se verá a continuación, con el reconocimiento expreso de la discriminación por razón de asociación, que ha permitido extender la tutela de las directivas en materia de discriminación a personas no incluidas expresamente en el grupo protegido.

#### *4.4. La recepción por el TJUE de nuevas técnicas de protección: la discriminación por razón de asociación*

El TJUE se ha mostrado más abierto en lo que se refiere al acogimiento de las posibles variables de la discriminación. Ya en sus primeras sentencias fue cincelando a lo largo de pronunciamientos que se han erigido en auténticos referentes los conceptos de discriminación directa e indirecta, que luego han sido recogidos expresamente en las Directivas emanadas a partir del año 2000<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> Vid. Sobre esta cuestión: CASAS BAAMONDE, M.E.: “Igualdad y prohibición de discriminación por origen racial o étnico”, en AA.VV.: *Derecho Social de la Unión Europea*, op. cit., pp. 318 y ss.

<sup>31</sup> Conexión que se ha interpretado en sentido amplio, respecto de una disposición nacional que no respecta la Directiva 2000/78, una vez que había vencido el plazo de transposición, STJUE de C-555/07, *Kücük-deveci*, de 19 de enero de 2010. Si bien, en todo caso, se exige esa cierta conexión con el derecho nacional.

<sup>32</sup> Vid. CASAS BAAMONDE, M.E.: “Igualdad y prohibición...”, op. cit., pp. 322 y ss. RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: “La Carta de Derechos Fundamentales de la UE” en AA.VV.: *Derecho Social...*, op. cit., pp. 51 y ss.

<sup>33</sup> STJUE, C-171/88, Ingrid Rinner-Kühn/FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH & Co. KG, 13 de julio de 1989; C-184/89, Helga Nimz/Freie und Hansestadt Hamburg, 7 de febrero de 1991; C-33/89, Maria Kowalska/Freie und Hansestadt Hamburg, 27 de junio de 1990. TJUE, C-343/92; M. A. Roks, señora

El culmen en este proceso de reconocimiento de las más diversas formas de discriminación, se encuentra en la expresa acogida por el Tribunal de la prohibición de discriminación por razón de asociación y ello a pesar de que no se contempla expresamente en ningún texto normativo<sup>34</sup>. Este reconocimiento ha permitido una extensión subjetiva del ámbito de aplicación de las Directivas en materia de discriminación sin ampliar el elenco de las causas de discriminación, al que tal y como se acaba de examinar el TJUE, se muestra reticente.

La sentencia *Coleman* ha sido la que ha otorgado carta de naturaleza a esta nueva forma de discriminación en un caso relacionado con la discriminación por razón de discapacidad<sup>35</sup>. El objeto del litigio se centraba en dirimir si la Señora *Coleman*, madre de un menor con discapacidad, había sido objeto de una situación de discriminación en su trabajo por motivo de la discapacidad de su hijo, que requeriría cuidados constantes de la demandante. En este supuesto, la trabajadora consiguió acreditar una serie de actuaciones de su empresa denegatorias de determinados permisos y de medidas de flexibilidad e incluso situaciones en las que se llegaron a formular comentarios insultantes. El Tribunal concluyó que la Directiva 2000/78 ha de interpretarse en el sentido de que la prohibición de discriminación directa y acoso que establece en sus artículos 1 y 2 “no se circunscribe exclusivamente a aquellas personas que sean ellas mismas discapacitadas” y que, cuando se acredite que la diferencia del trato o el acoso están relacionados con la discapacidad de un hijo suyo, el trato resulta contrario a la prohibición de discriminación directa y de acoso.

Con esta sentencia el Tribunal ha acogido una protección de la discapacidad centrada en la causa de la discriminación y no en la pertenencia a un determinado colectivo. Esta interpretación permitió “ampliar la protección a toda persona perjudicada por una conducta motivada en una causa discriminatoria, sea o no la titular de esta<sup>36</sup>”.

Este reconocimiento expreso de la discriminación por razón de asociación como forma de discriminación ha estado en la base argumentativa de otras sentencias posteriores referidas a la discriminación por razón de origen étnico (STJUE de 16 de julio de 2015, asunto C-83/14, *CHEZ*, y por razón de sexo, sentencia de 20 de junio de 2019 asunto C-404/18, *Hakelbracht y otros*)<sup>37</sup>.

---

de De Weerd, y otros/Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen y otros, 24 de febrero de 1994 y S TJUE, C-317/93, Inge Nolte/Landesversicherungsanstalt Hannover, 14 de diciembre de 1995.

<sup>34</sup> Vid el excelente trabajo de MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: *La discriminación por asociación...*, en especial sobre esta cuestión, vid. pp. 55 y ss. Entre los primeros estudios sobre esta cuestión ha de destacarse: MUÑOZ RUIZ, A.B.: “Discriminación por asociación y nuevos enfoques de la tutela antidiscriminatoria en el empleo. El caso Coleman como “leading case”, AA.VV.: *Últimas tendencias en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, 2012, pp 1099 y ss.

<sup>35</sup> STJUE, C- 303/06, *Coleman y Attridge Law, Steve Law*, de 17 de julio de 2008

<sup>36</sup> MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: *La discriminación por razón de asociación...*, p. 65, vid. tb MUÑOZ RUIZ, A.B.: “Discriminación por asociación y nuevos enfoques de la tutela antidiscriminatoria en el empleo: el caso Coleman como leading case”, op. cit., pp. 1099 y ss.

<sup>37</sup> Vid. ampliamente: MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: *La discriminación por asociación...*, op. cit., pp. 68 y ss.

Quizás en esta línea de ampliación de las técnicas de tutela quepa esperar en un futuro una extensión de la obligación de realizar ajuste razonable como mecanismo específico para facilitar la integración laboral de colectivos vulnerables. En efecto, por el momento la obligación de realizar ajuste razonable y la consideración como discriminatoria de su denegación, se circunscribe al ámbito de la discapacidad. Sin embargo, la obligación de realizar ajustes razonables puede suponer un mecanismo para garantizar la igualdad sustancial de colectivos que por cualquier circunstancia personal sufran dificultades para su efectiva integración en el mercado laboral.

#### *4.5. Los ajustes razonables: circunscripción al ámbito de la discapacidad y referencias genéricas en materia de libertad religiosa*

Tal y como se ha señalado la Directiva 2000/78, de 27 de noviembre, introdujo, por primera vez, en el derecho europeo la obligación de realizar ajustes razonables para las personas con discapacidad como una medida necesaria para garantizar la igualdad de trato. El art. 5 de la citada Directiva señala que: “A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades”.

El TJUE ha tenido oportunidad de analizar en diferentes supuestos el alcance de esta obligación, pero siempre se ha tratado de casos relacionados con la discapacidad<sup>38</sup> y ello a pesar de que la técnica del ajuste razonable nació en el derecho canadiense y estadounidense ligada al ejercicio de las libertades religiosas, con el fin de evitar la discriminación de ciertas minorías.

El TJUE se ha mostrado cauto al respecto y solo de forma tangencial cabe encontrar una referencia a la necesidad de realizar medidas de adaptación en su sentencia de 14 de marzo de 2017. En este supuesto se analizaba si la medida empresarial que prohíbe a los trabajadores llevar signos visibles de naturaleza religiosa es discriminatoria. El Tribunal concluye que, a la luz de las circunstancias concretas del caso, tal medida no es discriminatoria, si bien añade que: “corresponderá al tribunal remitente comprobar si, tomando en consideración las limitaciones propias de la empresa y sin que ello representara una carga adicional para ésta, G4S tenía la posibilidad, ante tal negativa, de ofrecer a

<sup>38</sup> Cabe mencionar las SSTJUE de 11 de abril de 2013, asuntos C335/11 y C337/11 *HK-Danmark*, de 11 de septiembre de 2019 (asunto C-397/18) *Nobel Plastiques*, de 10 de febrero de 2022 (asunto C-485/20) *HR Rail*. Sobre esta cuestión vid. en profundidad: GUTIÉRREZ COLOMINAS, D.: *La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad: una perspectiva desde el Derecho comparado y el Derecho español*, Bomarzo, Albacete, 2019.

la Sra. Achbita un puesto de trabajo que no conllevara un contacto visual con los clientes en lugar de proceder a su despido”.

Ciertamente, la posición del Tribunal tiene una explicación lógica, por cuanto la normativa europea solo contempla la obligación de realizar ajustes razonables para las personas con discapacidad y no la extiende a otros grupos. Quizás, por ello, tal y como se verá posteriormente, sea necesario un replanteamiento de esta normativa en materia de discriminatoria, que contemple el ajuste, cuando no suponga una carga excesiva, como una obligación para garantizar el ejercicio real y efectivo de determinados derechos para personas que, por su situación de vulnerabilidad, encuentran barreras para su disfrute efectivo.

#### 4.6. La discriminación interseccional: modesta recepción en la legislación de la UE y en la jurisprudencia del TJUE

El enfoque tradicional de la discriminación basado en la pertenencia a un determinado grupo o categoría muestra carencias en situaciones en las que una persona acumula varias circunstancias de discriminación. La constatación de esta realidad llevó ya en el año 1989 a CRENSAW a acuñar el concepto de discriminación interseccional<sup>39</sup>. En el origen de este concepto se encontró la evidencia de que el colectivo de mujeres negras, sufría una discriminación específica, que no cabía explicarse por la mera suma de su discriminación como mujer y como perteneciente a la minoría negra y que exigía también medidas particulares, centradas en el conocimiento de las características propias de este nuevo tipo de discriminación.

En los textos normativos europeos no se ha acogido este nuevo concepto de discriminación interseccional. Se reconoce simplemente la discriminación por varios motivos y, en consecuencia, la posibilidad de ser discriminado por varias causas, pero no se contempla como categoría específica. Únicamente en los considerandos de las Directivas 2000/43 y 2000/78 se contempla la referencia a que a menudo las mujeres son víctimas de discriminaciones múltiple<sup>40</sup>.

Por su parte, el TJUE hubo de hacer frente a la cuestión, expresamente alegada, en el asunto C-443/15, *Parris y Trinity College*, de 24 de noviembre de 2016. En este litigio se analizaba una disposición nacional que para acceder a una pensión de supervi-

<sup>39</sup> CRENSHAW, K.: “Demarginalizing the Intesection of Race and Sex: a Black Feminist Critique of Anti-discrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics”, *University of Chicago Legal Forum*, 1,1989, pp. 139 y ss. LA BARBERA, MC.: “Intersectionality and its journeys: from counterhegemonic feminist theories to law of european multilevel democracy”, *Investigaciones Feministas*, 2017, 8, pp. 131 y ss. REY MARTÍNEZ, F.: “La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo”, op. cit., pp. 251 y ss.

<sup>40</sup> Sobre la necesidad de tener en cuenta esa dimensión interseccional de la discriminación vid.: *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato a las personas independientemente de su origen racial o étnico (“la Directiva de igualdad racial”) y de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (“la Directiva de igualdad en el empleo”), COM 2021 139 final, de 19 de marzo de 2021.*

vencia exigía haber contraído matrimonio antes de que el causante cumpliera 60 años. La cuestión se planteaba por la pareja superviviente que no había podido celebrar una unión civil debido a su condición de homosexual. El Tribunal concluyó que no existía ni discriminación por razón de edad, ni por razón de orientación sexual y que, en consecuencia, tampoco existe una discriminación basada en el efecto combinado de la orientación sexual y de la edad.

Merece destacarse en este punto el carácter pionero de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación que acoge una definición normativa del concepto de discriminación intersectorial y lo diferencia de la discriminación múltiple, en la que posteriormente nos detendremos.

## 5. Concepto de vulnerabilidad en las políticas y normativa sectorial de la UE

### 5.1. La vulnerabilidad en las políticas exterior e interior de la UE

El concepto de vulnerabilidad ha ido penetrando en los documentos programáticos de la UE, si bien, también con una cierta indefinición y polivalencia dependiendo de las políticas.

Auspiciados por la Comisión Europea se han llevado a cabo dos informes sobre vulnerabilidad y derechos humanos en las políticas de la UE <sup>41</sup>. Estos informes constatan que el concepto de vulnerabilidad varía en función del tipo de política y apuntan una mayor concreción en el ámbito de las políticas internas. En general, señalan que la UE ha apostado por un enfoque de la vulnerabilidad atendiendo a grupos o categorías, entre las que se encuentran menores, minorías, solicitantes de asilo y refugiados, personas con discapacidad y mujeres. Se apunta también a una utilización de este concepto anudada a categorías como discriminación. Se constataba asimismo que, quizás por la vaguedad del concepto de vulnerabilidad, en los últimos años se observa una preferencia de la UE por la utilización de otros términos.

Un análisis más detenido de los documentos programáticos más recientes de la UE permite corroborar este inicial diagnóstico efectuado por el grupo de trabajo.

Así el Marco Estratégico sobre Derechos humanos y democracia en su primer plan de acción de 2012<sup>42</sup>, utilizó la expresión grupos vulnerables y entre las prioridades de la

<sup>41</sup> ABRISKETA, J; CHURRUCA, C; DE LA CRUZ, C.; GARCÍA, L; MÁRQUEZ, C.; MORONDO, D.; NAGORE, M.; SOSA, L; TIMMER, A.: *Human rights priorities in the European Union's external and internal policies: an assessment of consistency with a special focus on vulnerable groups*, Comisión Europea, 2015, disponible en: <https://www.fp7-frame.eu/wp-content/uploads/2016/08/24-Deliverable-12.2.pdf>. CHURRUCA MUGURUZA, C.; GÓMEZ ISA, F; GARCÍA SAN JOSÉ, D.; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, A.; MÁRQUEZ CARRASCO, C.; MUÑOZ NOGAL, E.; NAGORE CASAS, M.; TIMMER, A.: *Mapping legal and policy instruments of the EU for human rights and democracy support*, Comisión Europea, 2014, disponible en <https://repository.gchumanrights.org/server/api/core/bitstreams/ebbc656b-88f4-43ca-a8bf-4f0733dfc5ed/content>

<sup>42</sup> Aprobado el 25 de junio de 2012, disponible en: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11855-2012-INIT/es/pdf>

UE en materia de derechos humanos contemplaba la intensificación de los esfuerzos para “garantizar el acceso universal y no discriminatorio a los servicios básicos, con especial atención a los grupos vulnerables y pobres”.

Sin embargo, en el segundo plan de acción del año 2015<sup>43</sup>, ya no se contiene referencia alguna a la vulnerabilidad<sup>44</sup> y entre los principales retos en materia de Derechos Humanos se incluyen: “la lucha contra la discriminación, el respeto de la libertad de expresión y la intimidad y la garantía de que se respetan los derechos humanos en los ámbitos de la emigración, el comercio o las políticas de lucha contra el terrorismo”.

El último plan retoma el término de vulnerabilidad dentro del objetivo número uno dirigido a eliminar desigualdades, discriminación y exclusión a situaciones de vulnerabilidad entre las que incluye a los migrantes, refugiados, solicitantes de asilo, desplazados y apátridas<sup>45</sup>. También en el objetivo número cuatro, centrado en reforzar los derechos socioeconómicos, sociales culturales y laborales, se refiere a la necesidad de evitar desigualdades y combatir la pobreza asegurando el acceso no discriminatorio a los servicios sociales y señala que habrán de tomarse en consideración las necesidades de cuidado de las personas en situación de vulnerabilidad. El objetivo cinco, referido a la garantizar una adecuada aplicación del derecho y de la administración de justicia, apunta a la necesidad de promover un adecuado acceso a la justicia y asistencia legal, centrándose en las personas en situación de mayor vulnerabilidad. Asimismo, en el objetivo relativo a promover la participación en los ámbitos de decisión se persigue promover una ciudadanía activa sin discriminación incluyendo educación cívica a través de plataformas a distancia que tenga en cuenta la situación de grupos como mujeres, niños personas con discapacidad o personas de minorías y, en general, se incluye a cualquier persona en situación de vulnerabilidad. Por último, se contempla como objetivo específico promover el acceso a las tecnologías digitales y se contempla expresamente promover la accesibilidad de estas tecnologías para personas con discapacidad y cualquier otra persona en situación de vulnerabilidad.

En el ámbito de la política interna de la UE existe una mayor concreción del término vulnerabilidad, sin embargo, también se observa que en los últimos años la UE prefiere identificar directamente los grupos que son de atención prioritaria y no detenerse tanto en el concepto de vulnerabilidad.

Ya en la Comunicación de la Comisión Europea 2020 de 3 de marzo de 2010 COM (2010) 2020 final<sup>46</sup>, titulada: “Una Estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”, se acogía el concepto de vulnerabilidad referido a los parados, a los que señalaba como un grupo prioritario en la lucha contra la pobreza. Asimismo,

<sup>43</sup> Aprobado el 28 de abril de 2015 JOIN (2015)16 final. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015JC0016>

<sup>44</sup> Vid. al respecto: ABRISKETA, J. CHURRUCA, C.: *Human rights...*, op. cit., pp. 23 y ss

<sup>45</sup> Disponible en: [https://www.eeas.europa.eu/sites/default/files/eu\\_action\\_plan\\_on\\_human\\_rights\\_and\\_democracy\\_2020-2024.pdf](https://www.eeas.europa.eu/sites/default/files/eu_action_plan_on_human_rights_and_democracy_2020-2024.pdf)

<sup>46</sup> Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC2020>

se refería a la necesidad de aplicar programas de promoción de la innovación social para los más vulnerables, entre los que incluía a las personas con discapacidad e inmigrantes<sup>47</sup>.

El documento de reflexión para una Europa Sostenible de aquí a 2030 que se alinea con los objetivos de desarrollo sostenible de la ONU<sup>48</sup>, se refiere a la vulnerabilidad en el objetivo número 1 referido al fin de la pobreza, y reconoce entre los colectivos más vulnerables a la pobreza a “los niños, los jóvenes, las personas con discapacidad, las personas con bajos niveles de educación, los desempleados, los nacidos fuera de la UE, las personas procedentes de comunidades marginadas y las personas que viven en hogares con intensidad laboral muy baja o cuyos miembros ocupan empleos precarios”. También en el objetivo número 10 relativo a reducir la desigualdad se refiere a determinados grupos “marginales y vulnerables” que sufren formas particulares de desigualdad, entre ellos incluye las personas con discapacidad, migrantes y minorías étnicas, con referencia expresa a los gitanos, persona sin hogar, niños y ancianos aislados.

Por último, el Plan de acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales, recoge las áreas en las que es necesario concentrar la acción. Entre las primeras, se recoge la necesidad de crear más y mejores puestos de trabajo y señala expresamente como objetivo prioritario a los jóvenes y personas de baja cualificación, a los que señala como muy vulnerables a las fluctuaciones del mercado laboral, también reconoce como objetivo prioritario el de los autónomos vulnerables que trabajan a través de plataformas. En lo referido a protección e inclusión social recoge como objetivo garantizar la vida digna e incluye expresamente como personas vulnerables a los que están en riesgo de pobreza o de exclusión social. Ahora bien, en el apartado referido expresamente a igualdad, el plan de acción se centra en la identificación de los motivos que la normativa de la UE recoge como discriminatorios: sexo, origen racial, religión etc. Y no hace alusión alguna a la vulnerabilidad como categoría de conjunto. Entre las actuaciones más innovadoras se señalan los planes elaborados para actuar frente al racismo, para asegurar la inclusión de los gitanos y la estrategia para la igualdad de las personas LGBTIG<sup>49</sup>. Estos objetivos se han visto reafirmados por la Declaración de Oporto de 8 de mayo de 2021 en la que los dirigentes europeos señalaban en su punto número 9: “Estamos resueltos a reducir las desigualdades, defender unos salarios justos y luchar contra la exclusión social y la pobreza, asumiendo el objetivo de combatir la pobreza infantil y los riesgos de exclusión

<sup>47</sup> ABRISKETA, J; CHURRUCA, C; DE LA CRUZ, C.; GARCÍA, L; MÁRQUEZ, C.; MORONDO, D.; NAGORE, M.; SOSA, L; TIMMER, A.: *Human rights priorities...*, op. cit., pp. 132 y ss.

<sup>48</sup> COM (2019) 22 de 30 de enero de 2019, disponible en [https://commission.europa.eu/system/files/2019-03/rp\\_sustainable\\_europe\\_es\\_v2\\_web.pdf](https://commission.europa.eu/system/files/2019-03/rp_sustainable_europe_es_v2_web.pdf)

<sup>49</sup> Plan de Acción Antirracismo de la UE para 2020-2025, COM(2020) 565 final, de 18 de septiembre de 2020. Marco estratégico de la UE para la igualdad, la inclusión y la participación de los gitanos para 2020-2030, COM(2020) 620 final, de 7 de octubre de 2020. Plan de Acción sobre Integración e Inclusión, COM(2020) 758 final, de 24 de noviembre de 2020. Estrategia para la Igualdad de las Personas LGBTIQ, COM(2020) 698, de 12 de noviembre de 2020.

de grupos sociales especialmente vulnerables, como los desempleados de larga duración, las personas mayores, las personas con discapacidad y las personas sin hogar”.<sup>50</sup>

Este recorrido por los diferentes documentos programáticos de la UE, permite confirmar la falta de un concepto genérico de vulnerabilidad en el ámbito de las políticas de la UE. En los documentos programáticos la UE tiende a identificar, en función de objetivos concretos, los grupos vulnerables (menores, mujeres, minorías...) y las situaciones de vulnerabilidad (parados, detenidos, solicitantes de asilo). En el ámbito de las políticas en materia social se observa una mayor concreción de los colectivos que se consideran más vulnerables (se habla de trabajadores jóvenes, trabajadores de cierta edad).

En cuanto a los objetivos perseguidos por estas políticas se observa que el principal objetivo es priorizar los ámbitos de intervención. En general, con la caracterización de estos colectivos como vulnerables se pretende definir los grupos prioritarios de actuación para la UE con el objetivo fundamental de prevenir y de paliar esas particulares situaciones de vulnerabilidad. Se echa en falta, no obstante, un enfoque centrado en garantizar la autonomía de estos grupos vulnerables en el ejercicio de sus derechos, sería necesario incorporar una filosofía que trate de capacitar a estos grupos y superar las políticas basadas en la protección<sup>51</sup>.

## 5.2. La vulnerabilidad en la normativa sectorial de la UE

Descendiendo al plano normativo, existen diversas normas sectoriales que se refieren al concepto de vulnerabilidad y que contemplan medidas para prevenir y paliar este tipo de situaciones.

En el ámbito del consumo se ha realizado en los últimos años un importante esfuerzo para identificar aquellos consumidores y usuarios que requieren medidas de tutela para evitar abusos en la contratación o para garantizar su acceso a bienes de primera necesidad; hasta el punto de que en este ámbito se ha conseguido incluso una definición de consumidor vulnerable. A este respecto, la Directiva 2003/54/CE, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, en su art. 3. 5 señala “Los Estados miembros adoptarán las medidas oportunas para proteger a los clientes finales y, en particular, garantizarán una protección adecuada de los clientes vulnerables, incluidas medidas que les ayuden a evitar la interrupción del suministro”. También el Reglamento 994/2010, de 20 de octubre de 2010 sobre medidas para garantizar la seguridad del suministro de gas, se refiere a determinados clientes como particularmente vulnerables. La reciente Directiva (UE) 2019/2161 de 27 de noviembre, que modifica directivas anteriores en materia de protección del consumidor se refiere a las personas de edad avanzada como consumidores vulnerables.

<sup>50</sup> Disponible <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2021/05/08/the-porto-declaration/>

<sup>51</sup> ABRISKETA, J; CHURRUCA, C; DE LA CRUZ, C.; GARCÍA, L; MÁRQUEZ, C.; MORONDO, D.; NAGORE, M.; SOSA, L; TIMMER, A.: *Human rights priorities ...*, op. cit., pp. 145 y ss

En esta línea, la reciente Comunicación de la Comisión de 13 de noviembre de 2020, COM (2020) 696 final, titulada: “Reforzar la resiliencia del consumidor para una recuperación sostenible”, tiene como objetivo específico abordar la vulnerabilidad de los consumidores y señala que la vulnerabilidad puede deberse: “a circunstancias sociales o a características particulares de consumidores individuales o grupos de consumidores, tales como su edad, género, estado de salud, alfabetización digital, capacidad de cálculo o situación económica”.

Otro de los ámbitos en los que tempranamente se llegó a una caracterización de las personas vulnerables es el relativo a la política exterior de protección de refugiados y solicitantes de asilo. La Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional, dedica su capítulo IV a disposiciones para personas vulnerables, y en su art. 21 considera como tales a: “menores, menores no acompañados, personas con discapacidades, personas de edad avanzada, mujeres embarazadas, familias monoparentales con hijos menores, víctimas de la trata de seres humanos, personas con enfermedades graves, personas con trastornos psíquicos y personas que hayan padecido torturas, violaciones u otras formas graves de violencia psicológica, física o sexual, como las víctimas de la mutilación genital femenina”. En los mismos términos define las personas vulnerables la Directiva 2008/115, de 16 de diciembre, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

Por su parte la Directiva 2005/85, del Consejo de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado, en su art. 13, relativo a los requisitos de una audiencia personal dispone que los Estados “asegurarán que la persona que vaya a celebrar la audiencia es suficientemente competente para tener en cuenta las circunstancias personales o generales que rodean la solicitud, incluidas las raíces culturales del solicitante o su vulnerabilidad , en la medida en que sea posible hacerlo”.

Por último, el concepto de vulnerabilidad adquiere connotaciones específicas en el derecho del medio ambiente. Merece destacarse en este ámbito el Acuerdo de París de 2015, que reconoce la vulnerabilidad de las personas en materia ambiental y también de los ecosistemas y en cuyo art. 7 se fija como objetivo fortalecer la resiliencia y reducir la vulnerabilidad al cambio climático con miras a contribuir al desarrollo sostenible<sup>52</sup>.

---

<sup>52</sup> FORTES MARTÍN, A.: “Hacia un derecho ambiental ‘agravado’ y de excepción para hacer frente a la vulnerabilidad climática” en AA.VV. (dir.: SORO MATEO, B., JORDANO FRAGA, J y ALENZA GARCÍA, J.F.): *Vulnerabilidad ambiental y vulnerabilidad climática en tiempos de emergencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 155 y ss. ALENZA GARCÍA, J.F.: “Vulnerabilidad ambiental y vulnerabilidad climática”, op. cit.

## **6. La vulnerabilidad como un nuevo paradigma. Retos para la modernización de la normativa antidiscriminatoria de la UE**

### *6.1. Las aportaciones de la vulnerabilidad para la modernización del derecho antidiscriminatorio*

La construcción de la categoría de vulnerabilidad pretende superar el enfoque tradicional basado en la identificación de determinadas categorías como grupos potencialmente vulnerables. Esta aproximación enmascara que dentro de estos grupos existen categorías particularmente discriminadas. Además, estos grupos tradicionalmente identificados como susceptibles de ser discriminados no contemplan ciertas categorías de personas que en un determinado momento pueden ser víctimas de discriminación.

Por otro lado, el concepto de vulnerabilidad llama la atención sobre las dificultades para el ejercicio de los derechos derivadas de situaciones concretas. Se pretende superar el dogma liberal de la autonomía en el ejercicio de derechos, poniendo de manifiesto la existencia de situaciones que impiden un ejercicio real de determinados derechos. Se trata de hacer ver que el modelo de relaciones sociales e institucionales está basado en una serie de estándares históricamente asentados que no toman en consideración las dificultades de determinados colectivos o de determinadas personas en una situación particular. La constatación de esta realidad aconseja adoptar una serie de medidas para remover los obstáculos que impiden el ejercicio efectivo de los derechos.

Partiendo de estas premisas, resultaría necesario que la normativa en materia de discriminación permitiera una cierta individualización de las situaciones de discriminación, que tomara en consideración el riesgo de una persona de sufrir un daño y la falta de recursos para evitarlo y no tanto su pertenencia a un grupo. Este enfoque permitiría acoger causas de discriminación no vinculadas necesariamente a la pertenencia a un colectivo y también permitiría tener en cuenta situaciones particulares y específicas motivadas por una acumulación de factores de discriminación. Por otro lado, sería también necesario permitir una ampliación del tipo de tutela, más allá de la tradicional prohibición de la práctica discriminatoria, con el objetivo de contemplar medidas dirigidas a remover obstáculos concretos en el ejercicio de los derechos.

Del análisis efectuado cabe concluir que el desarrollo conceptual del término vulnerabilidad no se ha traducido en un abordaje normativo concreto en el ámbito de la UE. Por el momento, los textos normativos solo recogen referencias aisladas a la vulnerabilidad, acuñadas para objetivos específicos. En los textos no vinculantes de la UE se contienen referencias a la vulnerabilidad, todavía centradas en grupos y asociadas generalmente a objetivos estratégicos de carácter genérico. Tampoco el TJUE ha acogido un enfoque interpretativo, a diferencia de lo que está ocurriendo en el TEDH, sobre la vulnerabilidad y sus posibilidades aplicativas. La jurisprudencia en materia antidiscriminatoria del TJUE se sigue centrando en las causas tradicionales de discriminación acogidas por el bloque de Directivas en materia de discriminación. Con todo, se percibe una cierta apertura del TJUE para el reconocimiento de nuevas causas de discriminación, por

ejemplo, las basadas en enfermedades limitantes, y también de nuevas formas de discriminación como la discriminación por asociación o la discriminación por denegación de ajustes razonables.

Esta apertura del TJUE contrasta con un cierto estancamiento de la normativa europea en este sentido<sup>53</sup>. Tras unos pasos iniciales centrados en la prohibición de discriminación por razón de género en el ámbito del empleo, han ido adquiriendo carta de naturaleza otras causas de discriminación como la raza, la orientación sexual, la discapacidad y se han abierto nuevos ámbitos para evitar la discriminación, más allá del empleo. Sin embargo, por el momento esta normativa se centra en factores de discriminación muy concretos. Resulta llamativo que no se haya conseguido aprobar la Directiva del año 2008 que pretendía ampliar la tutela de las situaciones de discriminación a ámbitos distintos al empleo. Más lejos está de tener un reconocimiento expreso la discriminación múltiple o interseccional.

Teniendo en cuenta este diagnóstico, se esbozan a continuación algunos de los principales retos que han de afrontarse en la revisión de la normativa antidiscriminatoria.

## *6.2. La virtualidad de un enfoque basado en la vulnerabilidad para la apertura a nuevas situaciones de discriminación y exclusión y sus limitadas posibilidades en el ámbito europeo*

La adopción de un enfoque basado en la vulnerabilidad permitiría una aproximación individualizada y dinámica a las circunstancias particulares de la discriminación. En efecto, sería posible la toma en consideración de particulares y, en ocasiones, agravadas situaciones de discriminación, cuando concurren varios factores de discriminación o cuando se dan situaciones específicas de discriminación en contextos diferenciados. Asimismo, este enfoque basado en la vulnerabilidad permitiría acoger la dinamicidad propia de la discriminación, como realidad variable dependiendo de las concretas circunstancias tanto objetivas, como subjetivas.

La cuestión es si desde un punto de vista jurídico, no político, existen bases que permitan acoger este nuevo paradigma de la vulnerabilidad en la interpretación del derecho europeo, tal y como viene ya sucediendo en el ámbito del TEDH.

Por el momento, en el ámbito de la UE, parece que una acogida expresa de la vulnerabilidad, como situación de discriminación, choca con la limitada virtualidad aplicativa que el TFUE otorga a la Carta de Derechos Sociales y el condicionamiento de su integración como instrumento interpretativo al ámbito del derecho derivado de la UE. Tal y como se ha visto, la Carta formula en términos amplios la prohibición de todo tipo de discriminación, sin embargo, el alcance de este principio se reduce a la interpretación del propio derecho derivado de la unión y es aquí donde se encuentra el principal obstáculo para una efectiva integración de este nuevo paradigma al derecho

<sup>53</sup> LA BARBERA, M.C.. “Intersectionality and its journeys: from counterhegemonic feminist theories to law of european multilevel democracy”, op. cit., 131 y ss.

antidiscriminatorio. En la medida en que el derecho derivado en materia antidiscriminatoria se circunscribe a las causas más asentadas de discriminación (género, religión, discapacidad, etc.), resulta difícil una incorporación en la argumentación del Tribunal de este nuevo enfoque basado en la identificación de situaciones de vulnerabilidad. Con todo, existe una cierta esperanza por cuanto el desarrollo normativo de carácter sectorial en ámbitos diferentes al del derecho discriminatorio, tales como el derecho del consumo, derecho ambiental o protección social comienza a reconocer la vulnerabilidad como categoría jurídica.

### *6.3. El reconocimiento de la vulnerabilidad y la ampliación de las técnicas de tutela: el ajuste razonable*

La segunda gran aportación de un enfoque basado en la vulnerabilidad tiene que ver con la ampliación de las técnicas de tutela para la garantía de la igualdad efectiva.

Desde el punto de vista de la praxis judicial, la respuesta frente a las situaciones de discriminación se ha centrado en la prohibición de la conducta o situación discriminatoria, la declaración, en su caso, de la nulidad y el reconocimiento de una reparación.

La contemplación expresa de la vulnerabilidad como una característica individual susceptible de ser sufrida por cualquier persona, también permitiría la adopción de técnicas como la del ajuste razonable, como mecanismo para evitar situaciones de discriminación, motivadas por circunstancias o características personales, susceptibles de ser salvadas como medidas de adaptación que no representaran cargas excesivas. Esta técnica del ajuste como herramienta de tutela antidiscriminatoria, por el momento solo se reconoce de forma expresa en materia de discapacidad.

La principal virtualidad de la extensión del ajuste razonable como obligación dirigida bien a los Estados, bien a los sujetos privados, radica en que permite, siempre que no suponga una carga excesiva, remover un obstáculo concreto que impide a una persona por su situación de vulnerabilidad el ejercicio pleno de determinados derechos. El ejemplo paradigmático es el de las personas con discapacidad. En estos casos las medidas tradicionales de prohibición de discriminación directa o de remoción de las situaciones de discriminación indirecta pueden no ser suficientes para facilitar a una persona determinada el ejercicio de derechos como, por ejemplo, el acceso al empleo.

El caso de las personas con discapacidad es el ejemplo más representativo de la necesidad de superar el enfoque tradicional basado en el universalismo e igualitarismo en el ejercicio de los derechos<sup>54</sup>. En efecto, este enfoque tradicional parte de un modelo normal, estándar de persona y a partir de ahí diseña el haz de derechos. El nuevo modelo social de abordaje de la discapacidad pone, sin embargo, el foco en los obstáculos que las propias estructuras sociales entrañan para el ejercicio de los derechos por parte de las personas con discapacidad y en la necesidad de que sean removidos. Desde esta perspectiva,

<sup>54</sup> BARRANCO AVILÉS, M.C.: “Derechos humanos y vulnerabilidad...”, op. cit., pp. 22 y ss.

el ajuste razonable se presenta como la solución para atender una concreta circunstancia particular y asegurar la autonomía en el ejercicio de determinados derechos<sup>55</sup>.

Por ello, esta herramienta puede ser de suma utilidad no solo para garantizar la plena igualdad de las personas con discapacidad, sino también, para atender a otros colectivos vulnerables o en situación de vulnerabilidad. Un claro ejemplo de medidas de ajuste lo representan las medidas que facilitan la conciliación de la vida laboral y familiar. La legislación positiva ha contemplado de forma expresa cuáles han de ser estas mínimas medidas de conciliación, pero cabría contemplar otras medidas al margen de las expresamente previstas, siempre que fueran razonables. Asimismo, cabría plantearse que en determinadas situaciones de mayor vulnerabilidad (familias monoparentales, por ejemplo) se exigieran medidas de ajuste adicionales a las expresamente previstas.

También las medidas de ajuste pueden tener un importante desarrollo para atender situaciones particulares relacionadas con la edad o con la enfermedad o, incluso, con las dificultades que plantea la denominada brecha digital para el desarrollo pleno de ciertos derechos.

Se trata, en fin, de un debate abierto pero que merece ser abordado con el fin de seguir dando pasos para que la normativa antidiscriminatoria consiga también el objetivo transformador de las estructuras sociales que provocan las situaciones de discriminación.

#### *6.4. La vulnerabilidad como objetivo de las políticas públicas*

La adopción de un enfoque basado en la vulnerabilidad tendría como objetivo no solo proteger a los colectivos vulnerables frente a situaciones de discriminación, sino reforzar sus capacidades en todos los ámbitos de actuación; es lo que se conoce como resiliencia para los más vulnerables. Este enfoque requeriría de políticas públicas específicas, en atención a las heterogéneas situaciones de vulnerabilidad.

En el ámbito legislativo interno sí se ha ampliado el catálogo de actuaciones para la garantía de la igualdad y, en general, en la mayoría de los países se arbitran programas de actuación específicos para prevenir las discriminaciones, para proteger a los vulnerables y para empoderar la situación de estos colectivos.

En el marco de la UE, tal y como se ha visto, también se han dado pasos en determinadas normativas sectoriales. También la vulnerabilidad está presente en los documentos programáticos de la UE.

Todas estas políticas públicas se centran, tal y como se ha visto, en ámbitos consolidados como el de protección en materia de empleo, consumo o en situaciones de pobreza y exclusión.

En este punto, ha de reconocerse que los limitados recursos públicos hacen necesaria una selección de los colectivos que son objeto de atención y respecto de los cuales se considera necesario paliar la situación de vulnerabilidad. En estos casos la corriente

<sup>55</sup> LAWSON, A.: *Disability and equality Law in Britain. The role of Reasonable Adjustment*, Hart Publishing, 2008.

dogmática partidaria de identificar grupos vulnerables y no señalar a la vulnerabilidad como condición universal, resulta muy útil, por cuanto permite seleccionar los colectivos de prioritaria atención.

## **7. Los avances en la normativa española: la ley 15/2022, de 12 de julio integral para la igualdad de trato y la no discriminación**

La reciente aprobación de la Ley 15/2022, de 12 de julio, ha supuesto un punto de inflexión en la evolución de la normativa en materia antidiscriminatoria en España. Por primera vez, se aprueba una normativa en materia de igualdad que no se circunscribe a un ámbito concreto, como el del empleo, ni a un factor concreto de discriminación, como la discapacidad o el sexo y el género.

Se trata, por tanto, de una norma, como ella misma se define, integral, que pretende abordar la igualdad y no discriminación en todos los ámbitos y por un elenco de causas que va más allá del recogido en el art. 14 CE.

En lo que aquí interesa, la norma supone un avance hacia ese modelo moderno de normativa antidiscriminatoria, que tome en consideración grupos y situaciones de vulnerabilidad, incluso de especial vulnerabilidad, y que supera la concepción universalista en el ejercicio de los derechos, tomando también en consideración las estructuras sociales, institucionales y económicas que están en el origen de situaciones de discriminación.

Una primera gran aportación de la ley se encuentra en la amplia definición de las causas y factores de discriminación. En su art. 2 señala: “Se reconoce 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. 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”. Se observa cómo junto a los factores tradicionales de discriminación, se incluyen otros como la identidad sexual o expresión de género, la enfermedad o condición de salud e incluso la predisposición genética. Resulta también innovadora en el acogimiento expreso de la situación socioeconómica como factor de discriminación. Por último, la cláusula final permite tomar en consideración condiciones o circunstancias personales o sociales que puedan generar una situación discriminatoria.

También resulta ambiciosa la norma en la definición en su art. 3 de los ámbitos objetivos de aplicación que van más allá de los tradicionales referidos al empleo o educación. Así incorpora también el acceso a la vivienda, internet redes y aplicaciones móviles o la inteligencia artificial y gestión de datos.

Por otro lado, la norma acoge de forma expresa los conceptos de discriminación por asociación y por error y la discriminación múltiple e interseccional. Se señala que se produce discriminación múltiple cuando una persona sea discriminada simultánea

o consecutivamente por dos o más causas previstas en la ley. La discriminación interseccional tiene lugar cuando concurren o interactúan diversas causas generando una discriminación específica. En ambos casos, la norma advierte que para justificar la discriminación en los términos referidos por su art. 4, esto es porque responde a una finalidad legítima objetiva, adecuada, necesaria y proporcional, ha de realizarse respecto de cada uno de los motivos de discriminación.

Por último, aunque ciertamente de una forma un tanto difusa, el nuevo texto contempla un amplio elenco de políticas públicas en cuyo desarrollo ha de tomarse en consideración la prohibición de discriminación por los diversos factores recogidos en la ley. Así, se incluye la igualdad de trato en el acceso a la vivienda y se contempla el compromiso de promover políticas que favorezcan la autonomía de las personas mayores y con discapacidad (art. 20). Se contempla también la obligación de elaborar políticas que prevengan la segregación residencial.

En el ámbito de la administración de justicia se contempla expresamente la necesidad de favorecer la información y accesibilidad de los grupos especialmente vulnerables (art. 19).

En lo referido a los servicios a través de sitios web y aplicaciones informáticas se alude a la necesidad de facilitar su accesibilidad para las personas con discapacidad y mayores (art. 22).

La norma también acoge la obligación de realizar ajustes razonables para las personas con discapacidad. En su art. 4.1 señala de modo genérico que se considera una vulneración del derecho a la no discriminación la denegación de ajustes razonables. Por su parte, el art. 6 define estos ajustes de forma amplia incluyendo las modificaciones y adaptaciones del ambiente físico, social y actitudinal, se va, por tanto, más allá de los ajustes en el ámbito del empleo. Si bien este artículo solo contempla la obligación de realizar estos ajustes respecto de las personas con discapacidad. Se ha perdido en este punto una oportunidad para extender esta obligación a otros colectivos y situaciones. Cabría haberse planteado la oportunidad de extender esta obligación a las personas enfermas, que no tienen la condición de personas con discapacidad, máxime cuando la ley acoge de forma expresa la enfermedad como causa de discriminación.

## Bibliografía:

- ABRIL STOFFELS, R.: “ El reconocimiento judicial de la discriminación múltiple en el ámbito europeo”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, enero/abril, 2013, pp. 309 y ss.
- ABRISKETA, J; CHURRUCA, C; DE LA CRUZ, C.; GARCÍA, L; MÁRQUEZ, C.; MORONDO, D.; NAGORE, M.; SOSA, L; TIMMER, A.: *Human rights priorities in the European Union`s external andn internal policies: an assessment of consistency with a special focus on vulnerable groups*, Comisión Europea, 2015, disponible en: <https://www.fp7-frame.eu/wp-content/uploads/2016/08/24-Delive>

- able-12.2.pdf. CHURRUCÁ MUGURUZA, C.; GÓMEZ ISA, F; GARCÍA SAN JOSÉ, D.; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, A.; MÁRQUEZ CARRASCO, C.; MUÑOZ NOGAL, E.; NAGORE CASAS, M.; TIMMER, A.: *Mapping legal and policy instruments of the EU for human rights and democracy support*, Comisión Europea, 2014, disponible en <https://repository.gchumanrights.org/server/api/core/bitstreams/ebbc656b-88f4-43ca-a8bf-4f0733dfc5ed/content>
- AL TAMIMI, Y.: “The Protection of vulnerable Groups and Individuals by the European Court of Human Rights”, *European Journal of human rights*, 2016/5, pp. 561 y ss.
- ALENZA GARCÍA, J.F.: “Vulnerabilidad ambiental y vulnerabilidad climática”, *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. 10, 2019.
- ARNARDÓTTIR, O.M.: “Vulnerability under Article 14 of the European Convention on Human Rights. Innovation or Business as Usual?”, *Oslo Law Review*, vol. 4, nº3-2017, P. 165;
- BARRANCO AVILÉS, M.C.: “Derechos Humanos y vulnerabilidad. Los ejemplos de sexismo y el edadismo”, en AA.VV. (coord.: BARRANCO AVILÉS, M.C. y CHURRUCÁ MUGURUZA, C.): *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- BARRÈRE UNZUETA, A.M.: “Vulnerabilidad vs Subdiscriminación? Una mirada crítica a la expansión de la vulnerabilidad en detrimento de la perspectiva sistémica”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 34, 2016.
- BAYLOS GRAU, A.: “Desigualdad, vulnerabilidad y precariedad en el análisis jurídico de género”, *Revista de Derecho Social*, núm. 72, 2015, pp. 43 y ss.
- BESSONS, S.: “La vulnérabilité et la structure des droits de l’homme: L’exemple de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme” en AA.VV.: *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Pedone, París, 2014, disponible en <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-02516199>.
- CASAS BAAMONDE, M.E.: “Igualdad y prohibición de discriminación por origen racial o étnico”, en AA.VV.: *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018
- CATANZARITI, M.: “The juridification of vulnerability in the European legal culture”, *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 12, núm. 6, 2022, disponible en: <https://opo.iisj.net/index.php/osls/article/view/1442>
- CHURRUCÁ MUGURUZA, C.: “Introducción” en AA.VV. (coord.: BARRANCO AVILÉS, M.C. y CHURRUCÁ MUGURUZA, C.): *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- CORREA CARRASCO, M.: “Los derechos laborales de los grupos vulnerables en el derecho social europeo”, en AA.VV. (coord. FERNÁNDEZ LIESA, C.R. MARIÑO MENÉNDEZ, F.M.): *La protección de las personas y grupos vulnerables en el derecho europeo*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2001.
- CRENSHAW, K.: “Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: a Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics”, *University of Chicago Legal Forum*, 1,1989, pp. 139 y ss.

- DICONTI, E.: “La vulnerabilità nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo”, *Ars Interpretandi*, vol. 7, nº2, 2018, pp. 13 y ss.
- FINEMAN ALBERTSON, M.: “The vulnerable subject and the responsive State”, *Emorye Law Journal*, vol. 60, 2010 disponible en: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1694740](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1694740)
- FORTES MARTÍN, A.: “Hacia un derecho ambiental ‘agravado’ y de excepción para hacer frente a la vulnerabilidad climática” en AA.VV. (dir.: SORO MATEO, B., JORDANO FRAGA, J y ALENZA GARCÍA, J.F.): *Vulnerabilidad ambiental y vulnerabilidad climática en tiempos de emergencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 155 y ss.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La dimensión europea de la protección social de los grupos vulnerables” en AA.VV. (coord. FERNÁNDEZ LIESA, C.R. MARIÑO MENÉNDEZ, F.M.): *La protección de las personas y grupos vulnerables en el derecho europeo*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2001.
- GUTIÉRREZ COLOMINAS, D.: *La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad: una perspectiva desde el Derecho comparado y el Derecho español*, Bomarzo, Albacete, 2019.
- LA BARBERA, M.: “La vulnerabilidad como categoría en construcción en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: límites y potencialidad”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 62, pp. 235 y ss.
- LA BARBERA, MC.. “Intersectionality and its journeys: from counterhegemonic feminist theories to law of european multilevel democracy”, *Investigaciones Feministas*, 2017, 8, pp. 131 y ss .
- LAWSON, A.: *Disability and equality Law in Britain. The role of Reasonable Adjustment*, Hart Publishing, 2008.
- MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: *Cuidadores, igualdad y no discriminación y corresponsabilidad: la (r)evolución d ellos derechos de conciliación de la mano de la Directiva (UE) 2019/1158*, Bomarzo, 2023, pp. 52 y ss.
- MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: *La discriminación por asociación: desafíos sustantivos y procesales. Desde su creación por el Tribunal de Justicia a su recepción por la doctrina judicial española*, Aranzadi, Pamplona, 2021, pp. 30 y ss.
- MONEREO ATIENZA, C.: “Autonomía y vulnerabilidad en la era del capitalismo de la vigilancia. La perversión de la dimensión humana relacional”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2022, pp. 137 y ss.
- MORONDO TARAMUNDI, D.: “¿Un nuevo paradigma para la igualdad? La vulnerabilidad entre condicion humana y situación de indefisión”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 34, 2016, pp. 205 y ss.
- MUÑOZ RUIZ, A.B.: “Dis.criminación por asociación y nuevos enfoques de la tutela antidiscriminatoria en el empleo. El caso Colemanan como “leading case”, AA.VV.: *Últimas tendencias en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, 2012, pp 1099 y ss.

- PECES BARBA, G.: “Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto”, *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 6, 1998, pp. 1 y ss.
- PERONNI, L. y TIMMER, A.: “Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law”, *International Journal of Constitutional Law*, Volume 11, Issue 4, October 2013.
- REY MARTÍNEZ, F.: “La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo.”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 84, 2008, pp. 251 y ss.
- RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: “La Carta de Derechos Fundamentales de la UE” en AA.VV.: *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018
- ROJO TORRECILLA, E. (coord.): *Vulnerabilidad de los derechos laborales y de protección social de los trabajadores*, Huygens, 2015; FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A. (coord.): *Crisis de empleo, integración y vulnerabilidad social*, Aranzadi, Pamplona, 2017.
- VALDÉS DAL RÉ: “Constitucionalismo laboral europeo”, en AA.VV.(dir.: CASAS BARAMONDE, M.E. y GIL ALBURQUERQUE, R.): *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018.

# La discriminación por asociación a partir de su creación por el Tribunal de Justicia\*

## Discrimination by association since its establishment by the Court of Justice

Yolanda Maneiro Vázquez

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Santiago de Compostela*

ORCID ID: 0000-0002-3345-5330

Recibido: 17/08/2023

Aceptado: 16/10/2023

doi: 10.20318/labos.2024.8397

*Resumen:* A partir de la Sentencia Coleman (C-303/06), el Tribunal de Justicia ofreció una nueva mirada a la Directiva 2000/78/CE y a la tutela antidiscriminatoria, a la que posteriormente se unieron las sentencias *CHEZ* (C-83/14) y *Hakelbracht* (C-404/18). A través de ellas el Tribunal de Justicia extendió la protección por discriminación también a aquellas personas que carecían de la característica discriminatoria también al ámbito regulado por las directivas 2000/43/CE y 2006/54/CE. El desarrollo de la discriminación por asociación ha sido imparable desde entonces en el derecho español, a través de un enorme desarrollo jurisprudencial en los últimos años y de la reciente Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, que reconoce y define la discriminación por asociación, junto a otros tipos discriminatorios. Sin embargo, todavía son muchos desafíos de carácter práctico pendientes de solución por los tribunales españoles, guiados por la doctrina del Tribunal de Justicia.

*Palabras clave:* Discriminación por asociación, Tribunal de Justicia, Coleman, *CHEZ*, *Hakelbracht*.

*Abstract:* From the Coleman judgment (C-303/06) onwards, the Court of Justice took a new look at Directive 2000/78/EC and anti-discrimination protection, which was subsequently joined by the *CHEZ* (C-83/14) and *Hakelbracht* (C-404/18) judgments. In these judgments, the Court of Justice extended discrimination protection also to persons who lacked the discriminatory characteristic to the area covered by Directives 2000/43/EC and 2006/54/EC. The development

---

\*Este trabajo forma parte de los resultados del proyecto de investigación “La incidencia del derecho de la Unión Europea en las futuras reformas laborales” (PID2021-122254OB-I00), concedido y financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER).

Recoge el estado de la cuestión hasta agosto de 2023, cuando se entregó para su defensa como comunicación en el ISLSSL XIV Regional Congress, celebrado en Gante en septiembre de 2023.

of discrimination by association has been unstoppable since then in Spanish law, through an enormous jurisprudential development in recent years and the recent Law 15/2022, of 12 July, integral for equal treatment and non-discrimination, which recognises and defines discrimination by association, along with other types of discrimination. However, there are still many challenges of a practical nature pending solution by the Spanish courts, guided by the doctrine of the Court of Justice.

*Keywords:* Discrimination by association, Court of Justice, Coleman, *CHEZ*, *Hakelbrach*.

## 1. La doctrina del Tribunal de justicia como origen de la discriminación por asociación nacional<sup>1</sup>

El Tribunal de Justicia ha jugado un papel esencial en el reconocimiento y en la evolución posterior del derecho a la igualdad y a la no discriminación, así como en la actividad de la doctrina judicial nacional<sup>2</sup>. En el caso particular de la discriminación por asociación, la doctrina del Tribunal de Justicia ha jugado, si cabe, un papel aún más destacado, ante la insuficiente regulación normativa<sup>3</sup>, poniendo de manifiesto que la igualdad y la no discriminación constituyen dos conceptos inagotables, que desbordan las categorías jurídicas existentes<sup>4</sup>. Hasta su reconocimiento actual en la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, la doctrina del Tribunal de Justicia ha propiciado una nada desdeñable actividad de la doctrina judicial nacional<sup>5</sup>, para la cual la escueta e insuficiente regulación normativa de la discriminación por asociación no ha sido un freno, sino una omisión que ha sabido sortear sabiamente y que ha puesto en evidencia que la igualdad y no discriminación es un derecho inagotable, que desborda las categorías jurídicas existentes<sup>6</sup>. La discriminación por asociación ha ensanchado y extendido las costuras de la igualdad y la no discriminación para acoger en ellas la tutela de quien no es titular de la característica discriminatoria y para ofrecerle idéntica protección.

Con carácter previo a su reconocimiento legal, los tribunales han venido identificando, visibilizando y dando carta de naturaleza a una figura discriminatoria que había conseguido permanecer en el anonimato jurídico. La trascendencia de esta construcción doctrinal y jurisprudencial es aún mayor a la vista de las múltiples puertas que ha conseguido abrir y que han contribuido a garantizar una tutela real frente a una práctica discriminatoria real, pero ignorada hasta entonces. La timidez inicial con la que esta figura apareció en la doctrina judicial se ha visto compensada, en los últimos tiempos, con un incremento del número de sentencias que han propiciado una visión expansiva

<sup>1</sup> Este trabajo forma parte de los resultados del proyecto de investigación “La incidencia del derecho de la Unión Europea en las futuras reformas laborales” (PID2021-122254OB-I00), concedido y financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER).

<sup>2</sup> Véase GÁRATE CASTRO (2022), pp. 23 y ss.

<sup>3</sup> Véase MIRANDA BOTO (2017), pp. 19-44. También MIRANDA BOTO (2018), pp. 619-653

<sup>4</sup> Véase RODRÍGUEZ PIÑERO y FERNÁNDEZ LÓPEZ (1986), pp. 65 y ss.

<sup>5</sup> Sobre esta cuestión, véase MENÉNDEZ CALVO (2022), pp. 165 y ss.

<sup>6</sup> Un análisis más completo en MANEIRO VÁZQUEZ (2021).

tanto del concepto como de las técnicas de la tutela antidiscriminatoria<sup>7</sup>. En esta tarea, los tribunales españoles no se han limitado a acoger la doctrina del Tribunal de Justicia, sino que la han extendido a otros supuestos discriminatorios distintos de los previstos expresamente en las sentencias europeas.

En este goteo incesante, la doctrina judicial se ha ocupado de la discriminación por asociación con prudencia. De sus dificultades interpretativas da buena cuenta el desacuerdo existente en la propia denominación de esta figura discriminatoria (entre ellas, “discriminación transferida”, “refleja”, “por vinculación”, “por irradiación”, o “por interposición”). El reciente art. 6.2.a) de la Ley 15/2022, parece consolidar el concepto de “discriminación por asociación”<sup>8</sup>.

El Tribunal de Justicia dictó tres sentencias que configuraron el concepto de discriminación: las sentencias *Coleman*<sup>9</sup>, *CHEZ*<sup>10</sup> y *Hakelbracht*<sup>11</sup> demostraron que la tutela antidiscriminatoria no es patrimonio exclusivo de una única directiva. Ni siquiera de aquellas específicamente orientadas a la tutela antidiscriminatoria, como sucede con la Directiva 2000/78/CE<sup>12</sup>.

### *1.1. La sentencia Coleman: una nueva mirada a la Directiva 2000/78/CE y a la discriminación por discapacidad del no discapacitado*

La cuestión prejudicial que dio origen a esta sentencia permitió expandir el alcance la prohibición de la discriminación por discapacidad contenida en la Directiva 2000/78/CE también a los trabajadores no discapacitados que recibiesen un trato menos favorable por su vinculación con otras personas discapacitadas.

La pregunta a la que hubo de enfrentarse el caso *Coleman* se centró en su posible aplicación a un supuesto en el que la persona discapacitada no era la víctima evidente del acto discriminatorio<sup>13</sup>. El principal valor de esta sentencia reside en la nueva interpretación de la Directiva 2000/78/CE y del art. 13 TCE: la atención al elemento objetivo como vía de ampliación del subjetivo (paso de la tutela *ratione personae* a la protección *ratione materiae*). El elemento central de la tutela antidiscriminatoria ya no es el sujeto protegido, sino “los motivos específicos de discriminación que considera motivos

<sup>7</sup> MOLINA NAVARRETE (2020), p. 155.

<sup>8</sup> De acuerdo con el referido artículo, “Existe discriminación por asociación 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 el apartado primero del artículo 2 de esta ley, es objeto de un trato discriminatorio”.

<sup>9</sup> STJUE de 17 de julio de 2008 (asunto C-303/06, *Coleman*).

<sup>10</sup> STJUE de 16 de julio de 2015 (asunto C-83/14, *CHEZ*).

<sup>11</sup> STJUE de 20 de junio de 2019 (asunto C-404/18, *Hakelbracht*).

<sup>12</sup> En todo caso, otras sentencias anteriores a *Coleman*, sin calificar la conducta estudiada como “discriminación por asociación” o similar, apreciaron conductas discriminatorias que podrían encajar en esta figura. Así, SSTJUE de 22 de noviembre de 2000 (asunto C-144/04, *Mangold*) y de 24 de noviembre de 2016 (asunto C-443/15, *Parris*).

<sup>13</sup> GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio y MERCADER UGUINA, Jesús R. (2009), pp. 6 y ss.

problemáticos”, que se convirtieron “en el blanco de la legislación comunitaria sobre discriminación”<sup>14</sup>.

La sentencia *Coleman* estableció que el trato peyorativo a una persona basado en una característica particular que la identifica no es la única forma de discriminar<sup>15</sup>. Existen otros modos de hacerlo “más sutiles y menos evidentes”, igualmente discriminatorios y con la misma gravedad. El elemento que permite entenderlo así es el vínculo que une a los dos sujetos, que actúa como conector de las consecuencias lesivas. De este modo, “la víctima inmediata de una discriminación no sólo sufre personalmente una injusticia, sino que se convierte asimismo en el medio a través del cual se vulnera la dignidad de la persona incluida en una categoría problemática”<sup>16</sup>. Podría considerarse que la discriminación por asociación constituye un tipo agravado de discriminación y, en el caso *Coleman*, una suerte de “discriminación múltiple”, a cuya admisión el Tribunal de Justicia continúa mostrando, todavía en la actualidad, una férrea resistencia<sup>17</sup>.

Además, el caso *Coleman* mostró cómo la persona que discrimina actúa apoyada en una “categoría problemática”. Aunque la persona directamente afectada carezca de ella, la persona que sí la posee resulta ser sí es su destinatario directo y, por ello, resulta dañado o colocado en peor situación. En este caso, “la demandante no se queja del impacto que tuvo sobre ella una medida neutral en su condición de madre y cuidadora de un hijo discapacitado, sino que alega que su empresario la singularizó y la puso en el punto de mira precisamente a causa de su hijo discapacitado”<sup>18</sup>.

### 1.2. El avance hacia la discriminación indirecta por asociación: la sentencia *CHEZ* y el camino hacia la discriminación por razón de etnia a la que no se pertenece

La sentencia *CHEZ*, también dictada en Gran Sala, amplió los contornos de la discriminación por asociación. En primer lugar, demostró que esta no se limitaba a la Directiva 2000/78/CE y a sus causas, sino que podía extenderse a la Directiva 2000/43/CE. En segundo lugar, frente a la discriminación directa sufrida por la señora *Coleman*, la sentencia *CHEZ* señaló que la discriminación por asociación también puede ser indirecta.

Esta sentencia también extendió el ámbito subjetivo de la discriminación por asociación. En primer lugar, señaló que, en los casos de discriminación indirecta por asociación, no es preciso que exista “una estrecha relación personal” entre el sujeto discriminado y el que presenta la característica discriminatoria – a diferencia de lo sucedido en el caso *Coleman* –, sino que también es víctima de una discriminación por asociación quien sufra *daños colaterales* como consecuencia de una medida discriminatoria de ca-

<sup>14</sup> Parágrafo 6 de las Conclusiones del Abogado General Sr. M. Poiares Maduro, presentadas el 31 de enero de 2008, al asunto C-303/06.

<sup>15</sup> MUÑOZ RUÍZ, Ana Belén (2012), pp. 1099 y ss.

<sup>16</sup> Apartado 13 de las Conclusiones al caso *Coleman*.

<sup>17</sup> MOLINA NAVARRETE (2020) pp. 245 y ss.

<sup>18</sup> Apartado 28 de las Conclusiones al caso *Coleman*.

rácter general y colectivo<sup>19</sup>. En segundo lugar, la sentencia *CHEZ* reiteró una idea fundamental: la conducta discriminatoria no exige una víctima singular e identificable<sup>20</sup>, sino que puede perjudicar u ofrecer un trato menos favorable a un colectivo de personas que carezcan de otro elemento común más allá de los daños colaterales sufridos como consecuencia de aquella.

La sentencia *CHEZ* también puso de manifiesto que la discriminación por asociación requiere siempre de un elemento de comparación que ha de realizarse de acuerdo con determinadas reglas subjetivas y objetivas. La comparación ha de realizarse respecto de quienes no sufren la desventaja, lo que *sensu contrario* parece descartar la comparación con la situación de las personas que sí la sufren. Por su parte, la regla objetiva precisa que el trato menos favorable puede haberse producido, estar produciéndose o, incluso, tratarse de una hipótesis futura, lo que abre la puerta a la reclamación frente a probables discriminaciones futuras, presentadas por quien aún no haya sufrido ese perjuicio, pero previsiblemente lo vaya a sufrir. No constituye una afirmación aislada, pues el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de pronunciarse, anterior y posteriormente, sobre la legitimación activa de varias asociaciones profesionales para impugnar unas declaraciones discriminatorias en las fases previas a la relación laboral<sup>21</sup>.

### 1.3. La sentencia *Hakelbracht*: la Directiva 2006/54/CE y la discriminación por razón de sexo del testigo que no lo es

Esta sentencia, de 20 de junio de 2019, ha sido la tercera sentencia del Tribunal de Justicia –y, hasta el momento, la última– que analizó y moduló el derecho a la no discriminación por asociación y la que ofrece la interpretación más extensa de esta figura y de sus beneficiarios.

La sentencia *Hakelbracht* continuó la tarea iniciada por *Coleman* y *CHEZ* de configurar y ampliar el concepto de la discriminación por asociación, en este caso por razón de sexo<sup>22</sup>. Para ello, el Tribunal de Justicia afirmó que el art. 24 de la Directiva 2006/54/CE no limita su protección a una categoría determinada de trabajadores, ni a sus representantes, sino que “debe entenderse en sentido amplio” e incluir a “todos los trabajadores que puedan ser objeto de medidas de represalia tomadas por el empresario como reacción a una reclamación presentada por una discriminación basada en el sexo, sin que por otra parte se delimite tal categoría”. La protección exigida debe, pues, beneficiar a todos los trabajadores en sentido amplio: “en el sentido de que los trabajadores contemplados en ese artículo, distintos de la persona que ha sido discriminada por razón de sexo, deben estar protegidos en la medida en que el empresario pueda causarles un perjuicio por el apoyo prestado, de manera formal o informal, a la persona que ha sido discriminada”.

<sup>19</sup> Véase CASAS BAAMONDE (2019), p. 353.

<sup>20</sup> Idea ya anunciada en la STJUE de 10 de julio de 2008 (asunto C-54/07, *Ferym*).

<sup>21</sup> Véase GIL OTERO (2020), pp. 175-210.

<sup>22</sup> Véase SÁNCHEZ TRIGUEROS y FOLGOSO OLMO, 2019.

A través de esta interpretación, el Tribunal extendió el mismo nivel y la misma intensidad de protección a un mayor número de sujetos. Cualquier “empleado que defienda o testifique a favor de una persona” amparada por la Directiva “debe tener derecho a idéntica protección que la persona protegida”. Dicha protección no depende de que el trabajador cumpla determinados requisitos formales, sino “del papel que hayan podido desempeñar esos trabajadores en favor de la persona protegida y que haya podido conducir al empresario de que se trate a tomar medidas desfavorables en su contra”.

El elemento que conduce a la discriminación por asociación es el papel que unos trabajadores hayan desempeñado “en favor” de otros que han recibido un trato peyorativo por su empleador por razón de sexo. Se protege, pues, a todos los que “están en una posición ideal para apoyar a esa persona y para tener conocimiento de casos de discriminación cometidos por el empresario”. Es irrelevante si el apoyo a la persona discriminada se prestó de manera formal o informal<sup>23</sup>; defendiendo a esta o actuando como testigos; a través de un procedimiento interno, administrativo o judicial<sup>24</sup>. Ni la Directiva permite una interpretación estricta en este punto, ni la normativa nacional puede introducir restricciones adicionales que no estén previstas en ella. Lo contrario “podría comprometer gravemente la realización del objetivo perseguido por la Directiva 2006/54/CE, reduciendo la posibilidad de que se detecten y resuelvan casos de discriminación por razón de sexo”, pues los trabajadores desprotegidos “podrían verse desalentados de intervenir en defensa de dicha persona por temor a quedar desprovistos de protección si no cumplen determinadas exigencias formales”.

En cuanto al tiempo durante el que se extiende la protección, la sentencia *Hake-Ibracht* sigue, en este punto, el camino ya iniciado por la anterior sentencia *Cootel*<sup>25</sup> a propósito de la Directiva 76/207/CEE. Esta extendió la protección al trabajador tanto en el tiempo como en su objeto. Así, el trabajador estará protegido también una vez concluida su relación laboral. En cuanto al objeto de protección, no sólo se le protege frente al despido, sino frente a cualquier medida de represalia empresarial, incluyendo aquellas contra las que el trabajador difícilmente podría entablar una acción judicial, como la negativa de la empresa a ofrecer referencias al trabajador una vez que este ha sido despedido. Por lo tanto, las disposiciones nacionales que desarrollen la Directiva 2006/54/CE y, en particular, su art. 24, han de ser interpretadas y valoradas “en su conjunto” a la hora de decidir si incorporan restricciones en su contenido que puedan dificultar la consecución del objetivo esencial de igualdad de trato. Una regulación nacional que aparentemente establezca “un sistema en materia de prueba sencillo y equilibrado en relación con la existencia y la fecha de los testimonios”, como sucedía con la Ley de Género belga, puede ser contrario a la Directiva cuando, como en este caso, analizado en el conjunto de la norma, “no enuncia meras normas de procedimiento o en materia de prueba, sino que pretende, en cualquier caso también, circunscribir la categoría de trabajadores contra las medidas de represalia de un modo más restrictivo que el previsto en el artículo 24

<sup>23</sup> Véase RODRÍGUEZ ESCANCIANO (2019), p. 3.

<sup>24</sup> Véase BOGONI (2019), p. 232.

<sup>25</sup> STJUE de 22 de septiembre de 1998 (asunto C-185/97, *Cootel/Granada Hospitality*).

de la Directiva 2006/54, excluyendo, en particular, a los trabajadores que han apoyado, de manera informal, a la persona discriminada” (apdo. 36, sentencia *Hakelbracht y otros*). No puede esconderse la enorme trascendencia que puede llegar a alcanzar esta cuestión, también a nivel interno respecto del desarrollo de los planes de igualdad, los planes de *compliance* o de protección de datos de las empresas.

La sentencia *Hakelbracht* ha venido a recordar, en definitiva, la obligación de respetar las exigencias de la Directiva no sólo por parte de las normas legales que la transponen, sino también por cualquier instrumento regulador que pueda afectar al respeto y cumplimiento del derecho a la igualdad y no discriminación, también por asociación. Así pues, la trasposición de una Directiva puede ser la ocasión para que un ordenamiento jurídico nacional desarrolle de forma autónoma, más allá de los límites de la norma europea, medidas relacionadas con esa misma cuestión. No ha de olvidarse la naturaleza “de mínimos” que tienen las directivas. El hecho de que, en los últimos tiempos, las transposiciones llevadas a cabo por los legisladores nacionales carezcan de creatividad, no puede hacer olvidar que la única exigencia en este sentido que se plasma en una directiva es que el ordenamiento nacional no reduzca el nivel de protección reconocido en ella.

## **2. Nuevos desafíos para la discriminación por asociación: la posible discriminación del futuro padre despedido por razón de embarazo**

Hasta la acogida de la definición de la discriminación por asociación en nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 15/2022, la discriminación por asociación tan solo había sido reconocida expresamente, en relación con la discapacidad, en los artículos 2.e) y 63 del 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<sup>26</sup>. Ninguna otra norma legal se había hecho eco de esta figura, por lo que su configuración quedó en las exclusivas manos del casuismo propio de la doctrina judicial, que tuvo que enfrentarse a importantes desafíos objetivos y sustantivos<sup>27</sup>.

El año 2020 ha traído consigo el reconocimiento jurisprudencial del concepto de la discriminación por asociación de la mano de los más altos tribunales de nuestro sistema judicial. Tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional han tenido ocasión, desde entonces, de admitir la existencia de esta figura y confirmar la influencia de la doctrina del Tribunal de Justicia, particularmente de la sentencia *Coleman*, en la interpretación del derecho a la igualdad y a la no discriminación que recoge el art. 14 de la CE. Todas estas sentencias insisten en la necesidad de llevar a cabo una interpretación expansiva de este derecho fundamental como medio para ofrecer una tutela real y no sólo formal.

---

<sup>26</sup> También la Circular 7/2019 de la Fiscalía General del Estado sobre Pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el art. 510 del Código Penal, contemplaba la figura de la discriminación por asociación en relación con la interpretación de la agravante del art. 22.4 del referido Código.

<sup>27</sup> MANEIRO VÁZQUEZ (2021), pp. 97 y ss.

La invocación de situaciones de discriminación por asociación está adquiriendo una importante relevancia en la tutela de los trabajadores varones que sufren consecuencias negativas –singularmente, despidos– derivadas de su futura condición de padres. Entre octubre de 2021 y octubre de 2022, se han dictado cinco sentencias relevantes en esta materia que parten de un supuesto común: el del trabajador varón y futuro padre que es despedido de su empresa antes de que comience a disfrutar de los derechos derivados de la paternidad. En ninguno de estos casos la empresa consigue demostrar la existencia de una causa real del despido, ajena a la futura paternidad.

La diferencia más evidente entre unos casos y otros reside en la concurrencia de dos elementos: el previo conocimiento o desconocimiento de la futura paternidad por parte del empleador y el conocimiento o desconocimiento por la empresa de la relación afectiva entre el trabajador despedido y su pareja embarazada. El punto esencial de conflicto entre los diferentes fallos de los Tribunales Superiores de Justicia que se analizarán a continuación reside en la interpretación del art. 55.5 del ET. La Sala de lo Social discrepan sobre la posible extensión a los trabajadores varones de la protección de la que disfrutaban las trabajadoras embarazadas desde la fecha de inicio del embarazo hasta el nacimiento del hijo, de modo que, al igual que ellas están protegidas por el hecho de ser madres, lo puedan estar también los futuros padres.

En su análisis de la concurrencia o no de una discriminación por asociación por embarazo o por alumbramiento de la pareja de los trabajadores varones despididos, las cuatro sentencias se centran en dos aspectos que han merecido un extenso tratamiento jurisprudencial. El primero de ellos afecta a las reglas de distribución de la carga de la prueba. El segundo, a la relevancia del “nexo de causalidad” existente entre el comportamiento lesivo y el resultado prohibido por la norma, como elemento determinante para apreciar el panorama discriminatorio capaz de invertir la carga de la prueba. La falta de reconocimiento y de tratamiento legal de esta figura discriminatoria da lugar, como se verá, a una importante inseguridad jurídica que sufre quien alega la causa discriminatoria. Este problema adquiere una dimensión práctica fundamental, puesto que conduce a apreciaciones y fallos judiciales abiertamente contradictorios.

### *2.1. La STSJ Galicia de 16 de abril de 2021<sup>28</sup>: despido discriminatorio por embarazo y parto que también afecta al padre*

Esta sentencia abrió la puerta a la calificación como discriminatorio por asociación del despido que afecta al futuro padre cuando la empresa no consigue acreditar la existencia de una causa real que fundamente la decisión extintiva<sup>29</sup>. Ante ello, la Sala gallega destacó la necesidad de verificar si la verdadera causa del despido disciplinario del trabajador

<sup>28</sup> Rº. 754/2021, Sala de lo Social.

<sup>29</sup> Véase un comentario más extenso de la sentencia y de su trascendencia en MANEIRO VÁZQUEZ (2021, 2), pp. 141-148.

residía en “el conocimiento por la empresa de su futura paternidad y, por ello, el disfrute de su permiso de paternidad y prestación correspondiente”.

A través de esta sentencia, el TSJ de Galicia consolidó su doctrina anterior<sup>30</sup> a favor del reconocimiento de la existencia y apreciación de una situación de discriminación por asociación, como vía para ampliar la protección de quienes, de otro modo, no encajarían en las características habituales de las conductas discriminatorias, por no ser directamente titulares de la circunstancia protegida por las normas. Esta sentencia extendió la discriminación por asociación a un ámbito no explorado hasta entonces por la doctrina judicial española: el embarazo, cuando este es la causa determinante del trato peyorativo, en forma de despido, sufrido por el futuro padre de la criatura.

En este supuesto, el trabajador recurrente había sido despedido por disminución continuada y voluntaria del rendimiento normal o pactado inmediatamente después de haberle comunicado a su empleador el parto de su mujer. El mismo día en el que nació su hijo, el trabajador fue dado de baja médica por enfermedad común, bajo diagnóstico de apendicitis aguda y peritonitis localizada, pese a que la empresa nunca llegó a aportar el parte de baja. A través de un burofax emitido dos días después del alumbramiento y entregado al trabajador cinco días después, este recibió la carta de despido disciplinario, con efectos desde la fecha del parto. El mismo día de la entrega del burofax, la empresa reconoció la improcedencia del despido, a través del abono directo de la indemnización correspondiente a un despido improcedente.

En su análisis de una posible discriminación directa por enfermedad, la Sala gallega se centró en los dos elementos indicados anteriormente. El primero de ellos afecta a las reglas de distribución de la carga de la prueba<sup>31</sup>, respecto del que la Sala recuerda, a su vez, dos requisitos. Por una parte, el principio de prueba que ha de aportar el demandante, revelador de la existencia de un panorama discriminatorio o de hechos que “pese a no generar una conexión tan patente y resultar por tanto más fácilmente neutralizables, sean sin embargo de entidad suficiente para abrir razonablemente la hipótesis de vulneración del derecho fundamental”<sup>32</sup>. Por otra parte, se centró en la irrelevancia, a estos efectos, de la intencionalidad lesiva del sujeto infractor, pues la discriminación no queda supeditada a la concurrencia de dolo o culpa en la conducta del sujeto activo.

El segundo elemento considerado por la Sala gallega afectó al nexo de causalidad, o inmediatez temporal entre la paternidad del trabajador y la decisión empresarial de

---

<sup>30</sup> Entre ellas, en las sentencias, todas de la Sala de lo Social, de 31 de enero de 2012 (Rº. 4196/2011), respecto del despido de una trabajadora como represalia por el embarazo de su hermana; de 2 de agosto de 2017 (Rº. 1806/2017), que reconoció una discriminación por asociación por vulneración de la libertad sindical respecto de un trabajador que había actuado como árbitro de una mesa electoral; y de 13 de abril de 2018 (Rº. 421/2018), que reconoció la existencia de acoso discriminatorio por asociación respecto del marido de una trabajadora víctima de acoso sexual.

<sup>31</sup> Este mecanismo, abundantemente tratado por la jurisprudencia constitucional, busca facilitar a la parte demandante la prevalencia de sus derechos fundamentales frente al margen de discrecionalidad con el que operan las facultades organizativas y disciplinarias de la empresa. Véase, por todas, sentencias TC 38/1981 de 23 de noviembre de 1981; 138/2006 de 8 de mayo de 2006; y 10/2011 de 28 de febrero de 2011).

<sup>32</sup> STC 17/2003 de 30 de enero de 2003.

despido, que constituyó para la Sala el indicio determinante del posible carácter discriminatoria del despido y, por ello, de la traslación de la carga probatoria a la empresa.

Esta no logró destruir el panorama discriminatorio, al no probar la causa de despido alegada ni acreditar que concurriese otra causa que pudiera justificar la extinción del contrato del trabajador. A ello se añadió el reconocimiento expreso de la improcedencia del despido, derivado del abono inmediato al trabajador de la indemnización correspondiente el mismo día de la notificación del despido.

En esta sentencia destaca especialmente el razonamiento realizado “a mayor abundamiento”, respecto de la posible existencia de una discriminación por asociación que no había sido alegada por el trabajador en su demanda. La Sala destacó que: “se le trata de manera menos favorable (se despide) por motivo de uno de los rasgos o características protegidos (el parto o nacimiento de un hijo) que, pese a no concurrir en sí mismo (ni ha estado embarazado ni ha dado a luz, aunque es ciertamente padre ya) ... su despido se ha producido por el hecho del embarazo-parto de su mujer y todas las consecuencias que se pueden derivar del mismo (permisos, bajas, etc.)”. En consecuencia, concluyó: “nos encontramos ante un despido por discriminación refleja, habida cuenta de que se vulneró el derecho del recurrente a la igualdad y a no sufrir discriminación por razón de sexo (embarazo) dado que le sería proyectable –indirectamente– la protección otorgada por el artículo 55.5 ET (...) en tanto que deriva de la aplicación de un criterio directamente discriminatorio por razón de sexo de su mujer embarazada, que, a su vez, proyectó efectos perjudiciales en el patrimonio jurídico del actor, al despedirlo sin otra causa que la espuria y proscrita por el artículo 55 ET”.

A pesar de que, a la vista de esta sentencia, parecía posible extender la protección del art. 55.5 del ET también al padre de la criatura, las sentencias dictadas por diferentes tribunales superiores de justicia en los meses siguientes pusieron de manifiesto lo contrario.

## *2.2. STSJ Cataluña de 22 de octubre de 2021<sup>33</sup>: sin comunicación del embarazo ni de la relación de pareja con la trabajadora embarazada*

En este caso el trabajador y futuro padre no había llegado a hacer uso de los permisos de paternidad, pues ni el hijo había nacido todavía, ni él había tenido tiempo de solicitarlos debido a su despido. Por otra parte, tampoco había llegado a comunicar a su empleador, antes del despido, ni su relación de pareja ni la situación de embarazo de esta. La pareja del trabajador, que trabajaba como empleada en la misma empresa, sí había comunicado su embarazo y había solicitado dos bajas por problemas vinculados con su este. Tras su reincorporación de la última baja, fue despedida casi inmediatamente<sup>34</sup> y, apenas un mes y medio más tarde despidieron también a su pareja.

<sup>33</sup> Rº. 4249/2021.

<sup>34</sup> En concreto, en el mes de enero de 2020, la trabajadora solicitó dos bajas. La primera por diagnóstico de hemorragia preparto no especificada y la segunda por complicaciones en el embarazo. Su despido tuvo lugar el 2 de febrero de 2020.

El trabajador impugnó el despido y solicitó su nulidad por vulneración de su derecho fundamental a la igualdad y no discriminación (art. 14 CE), en la medida en que se vio discriminado frente a otros trabajadores que no recibieron ese trato por causa de su futura paternidad. La comunicación del embarazo y de la relación afectiva entre el trabajador y su pareja pertenece a su derecho a la intimidad<sup>35</sup>.

La Sala catalana, sin embargo, denegó la nulidad objetiva del despido prevista por el art. 55.5 del ET al futuro padre, por carecer del estado de embarazo del que sí la mujer y descartó la aplicación de la doctrina *Coleman* a este supuesto<sup>36</sup>, por un doble motivo. En primer lugar, por la ausencia de “un término de comparación adecuado que determinase la vulneración del principio de igualdad de trato entre ambos”. Para ello la Sala utilizó un argumento clásico, que configura la maternidad y el embarazo como “una realidad biológica diferencial” de la mujer, objeto de protección y cuyas ventajas o excepciones no pueden, por lo tanto, considerarse discriminatorias para el hombre<sup>37</sup>. De este modo, “es la mujer la que sufre las consecuencias en su salud derivadas del embarazo en sí, lo que no acontece en el hombre”, pero lo completa con otro que resulta, cuanto menos, sorprendente, en el que afirma que también es solo la mujer “la que está expuesta a decisiones negativas que pudiera adoptar el empresario a causa de ese estado, lo que no acontece en el hombre”. Ahora bien, la posible veracidad de esta afirmación no sería suficiente para descartar que también el futuro padre pueda sufrir consecuencias perjudiciales como consecuencia del embarazo de su pareja.

La sentencia catalana abre la puerta a plantearse la viabilidad y el éxito de la pretensión acerca de una posible existencia de una discriminación por asociación por razón de embarazo ante el despido de un trabajador y futuro padre, que sí hubiera comunicado a su empleador la situación de embarazo de su pareja. También en el caso de que esta última no hubiera recibido ningún trato peyorativo. Sin duda, la extensión al futuro padre de la tutela objetiva proporcionada por el art. 55.5 del ET tendría unas enormes repercusiones en la distribución de la carga de la prueba y en la proyección del derecho a la intimidad de los futuros padres. Si bien la futura madre trabajadora no está obligada a comunicar el embarazo a la empresa, sino que este mismo hecho es suficiente para que surja la protección, el futuro padre no es merecedor de esta ventaja procesal. En consecuencia, todo aquel trabajador que alegue haber sido discriminado como consecuencia de su futura paternidad, tendrá la obligación de acreditar, no solo que la empresa conocía esta circunstancia, sino también que el despido deriva directamente de aquella, bien por la conexión temporal entre ambas, o bien por otros motivos que así permitan acreditarlo. Así las cosas, la protección para ambos progenitores, incluso siendo ambos trabajadores de la misma empresa, resultará muy diferente, no solo en términos sustantivos sino, sobre todo, en sus oportunidades procesales.

<sup>35</sup> Así lo indica, entre otras, la STS de 28 de noviembre de 2017 (Rº. 3657/2015).

<sup>36</sup> Por el mismo motivo, rechaza también la aplicación de la doctrina judicial de la STEDH de 23 de marzo de 2016 (Núm. 23682/13, Caso Guberina contra Croacia), en la que también se tutelaba una suerte de discriminación por asociación sufrida por el padre como consecuencia de la discapacidad de su hijo.

<sup>37</sup> SSTC 109/1993 de 25 de marzo de 1993 y 111/2018 de 17 de octubre de 2018.

Asimismo, la previa comunicación de la futura paternidad tiene repercusión, también, en cuanto al segundo motivo alegado por la Sala para desestimar el recurso presentado por el trabajador, que se centra en la falta de consideración del despido del futuro padre como una represalia y, en consecuencia, como una vulneración de la garantía de indemnidad por asociación, derivada de la previa demanda por despido presentada por la pareja del trabajador. En este caso fallaría la conexión o vínculo entre quien es titular de la circunstancia discriminatoria (embarazo) y el sujeto que sufre las represalias (el futuro padre), pues no se ha podido demostrar que la empresa tuviera conocimiento de tres circunstancias básicas: que ambas personas fuesen pareja, que la trabajadora estuviera embarazada, que hubiera interpuesto una previa demanda de despido, ni de la condición de futuro padre del trabajador.

### *2.3. Las sentencias del STSJ Madrid de 7 de febrero y de 21 de marzo de 2022<sup>38</sup>: la tutela del futuro padre que sí comunicó el embarazo de su pareja*

Estas dos sentencias constituyen el mejor ejemplo de la dificultad con la que se encuentran los propios tribunales para valorar el funcionamiento de la discriminación por asociación y la inseguridad jurídica a la que puede conducir la diferente valoración de los indicios aportados por las partes<sup>39</sup>. El hecho de que ambas sentencias pertenezcan al mismo Tribunal Superior de Justicia y hubieran sido dictadas en fechas tan próximas, respecto de unos hechos que guardan tal identidad, hacen destacar aún más sus soluciones totalmente divergentes.

En ambas se analiza el despido de un futuro padre, escaso tiempo después de haber comentado a su empresa su futura paternidad y dado a entender su intención de disfrutar del permiso de paternidad correspondiente. Las dos descartan la aplicación de la tutela reforzada que ofrece la nulidad objetiva respecto de la trabajadora embarazada por el art. 55.5.2.b) del ET, al futuro padre o progenitor no biológico: a diferencia de la trabajadora, protegida objetivamente desde el mismo momento del embarazo, la protección del padre o progenitor no gestante “solamente nace desde el momento en el que se inicia la suspensión del contrato de trabajo” contemplada en el artículo 48.4 del ET, o desde que “se soliciten los permisos o excedencias contemplados” en los artículos 37 o 46 del mismo ET<sup>40</sup>.

Por lo tanto, ambas coinciden también en que, a este solo le sería aplicable la tutela genérica frente a las situaciones de discriminación, como elemento para colmar la laguna derivada de la falta de previsión expresa de este supuesto en el art. 55.5 del ET<sup>41</sup>. Sin embargo, la estimación de la pretensión discriminatoria se hace depender de su capacidad para ofrecer indicios suficientes de dicha conducta discriminatoria, que

<sup>38</sup> Rº. 964/2021 y 721/2022, respectivamente.

<sup>39</sup> MARTÍNEZ MORENO (2022), pp. 412 y ss.

<sup>40</sup> Así lo afirma la STSJ Madrid de 21 de marzo de 2022, cit.

<sup>41</sup> En este sentido, MARTÍNEZ MORENO (2022), p. 422.

ambos futuros padres afectados centraron en dos elementos: la previa comunicación a la empresa de la futura paternidad y la conexión temporal entre esta comunicación y el despido del trabajador.

Respecto del primer elemento, la sentencia madrileña dictada el 21 de marzo ya no consideró suficiente, como solicitaba la sentencia catalana, que el trabajador haya informado a la empresa de su futura paternidad para que esta información pueda entenderse como un indicio suficiente de una discriminación por asociación. Para la sentencia dictada el 7 de febrero, en cambio, se trata de un indicio esencial para entender que el despido pudo ser discriminatorio y, por lo tanto, nulo<sup>42</sup>.

Tampoco otorgan la misma relevancia a la conexión temporal existente entre la comunicación de la futura paternidad y el despido. La sentencia del 7 de febrero considera que dicha conexión constituye un indicio suficiente de la posible discriminación del trabajador como consecuencia de su futura paternidad. Ante la ausencia de una justificación objetiva y razonable del despido producido, se declaró este nulo por discriminatorio.

La sentencia del 21 de marzo, en cambio, falló de un modo totalmente diferente a la anterior, a pesar de la similitud entre sus respectivos supuestos de hecho. En primer lugar, se acreditó que el despido tuvo lugar al día siguiente de haber sido padre, por lo que existe, reconoce la sentencia, “una inmediatez temporal entre uno y otro acontecimiento”. En segundo lugar, la falta de acreditación por la empresa de la causa objetiva alegada en la carta de despido entregada al trabajador, “no cubriendo la carta los requisitos formales exigidos legalmente”. En tercer lugar, la Sala madrileña tampoco consideró indicio suficiente la previa comunicación a la empresa de su futura paternidad, pese a constar “igualmente probado que la empresa conocía desde hacía varios meses que el actor iba a ser padre, habiendo pedido esta información a una trabajadora de la empresa, técnico de recursos humanos, sobre la tramitación del permiso de paternidad”.

Con todo, estos indicios no fueron considerados “razonables” para entender que el despido tuviera algo que ver con la futura paternidad del actor. Y ello a pesar de que, como se reconoce en la sentencia, “ciertamente se conocía en la empresa dicho acontecimiento” y a “no haber resultado acreditadas las causas objetivas esgrimidas en la carta”. Sin embargo, la Sala sí consideró suficiente para destruir las alegaciones aportadas por el recurrente dos elementos: la aportación por la empresa de un informe pericial y prueba testifical en el que se afirmaba que no se había contratado a otro trabajador en sustitución del actor. El segundo, que otros trabajadores en la misma situación de paternidad no habían sido despedidos.

Con todo, no deja de resultar inquietante la reflexión final contenida en la sentencia madrileña. Tras reconocer la “especial incidencia sobre la situación laboral, con un importante riesgo de pérdida de empleo” de la maternidad, reconoce abiertamente que

---

<sup>42</sup> En particular, se indica que el corto período de tiempo transcurrido entre la comunicación de la próxima paternidad del trabajador (13 de octubre, reiterada el 2 de diciembre, cuando se indica la fecha prevista para el parto y la forma en la que pensaba disfrutar del permiso de paternidad) y la fecha del despido (26 de enero, menos de dos meses después de la segunda comunicación) constituye “un indicio suficiente de discriminación”.

“no se puede afirmar actualmente que exista esa misma incidencia y riesgo en el caso de la paternidad”. Sólo existiría protección reforzada para el padre, indica la sentencia, en los casos en los que hubiera iniciado ya el período de suspensión por nacimiento o solicitado alguno de los permisos parentales a los que tiene derecho. No obstante –y he aquí donde reside el carácter inquietante del razonamiento judicial– si renunciase a cualquiera de estos permisos “ninguna incidencia tendría la paternidad en su relación laboral”<sup>43</sup>. Por consiguiente, la falta de comunicación por el trabajador de su intención de disfrutar de estos derechos y de las concretas fechas en las que, de ser el caso, pretendería disfrutarlos, impediría hablar de una discriminación refleja por razón de sexo, derivada de la situación de embarazo de su pareja.

#### *2.4. STSJ Castilla y León (Valladolid) de 25 de abril de 2022: discriminación por asociación (y no indirecta) del futuro padre trabajador*

La tercera y última de las tres sentencias aquí comentadas, relativas al despido del futuro padre trabajador de la empresa, refleja también la inseguridad jurídica que afecta a la tutela del despido sufrido por el futuro padre trabajador. En ella sí se reconoce la existencia de una “discriminación refleja (...) por cuanto el perjuicio se produce por la condición de mujer de su pareja que dio a luz”.

En este caso, el futuro padre sí había cumplido todos los requisitos que, paulatinamente, habían ido exigiendo las sentencias anteriores: comunicación previa, a través de un correo electrónico a su empresario, de las fechas concretas en las que pretendería hacer uso del permiso de paternidad que le restaba y del que ya había hecho uso parcialmente en días anteriores. Trece días después de esta comunicación fue dado de baja en la empresa, antes de que pudiera comenzar a disfrutar del primer período de su permiso.

La sentencia castellana utilizó los argumentos empleados por el recurrente para defender la existencia de un despido por discriminación “refleja”, dado que “el perjuicio se produce por la condición de mujer de su pareja que dio a luz (...) en cuanto se le impone al recurrente un trato menos favorable fundamentado en la referida condición de su pareja”. Por el mismo motivo, descartó que el despido hubiera dado lugar a una discriminación indirecta “puesto que no se trata de una medida que formulada de manera neutra perjudica más a los hombres que a las mujeres”.

Merece la pena destacar la diferente visión que ofrece esta sentencia, no solo en cuanto a la concurrencia o no de la discriminación por asociación referida, sino también en su apreciación de la carga de la prueba correspondiente a ambas partes, muy diferente de la valoración realizada por las sentencias comentadas con anterioridad. En primer lugar, la sentencia castellana consideró que la conexión temporal entre la comunicación de la intención de disfrutar del permiso de paternidad y la extinción del contrato de trabajo

---

<sup>43</sup> Muy crítica a este respecto, MARTÍNEZ MORENO (2022), p. 425: “No creo (...) que el varón o el futuro padre afronte un riesgo menor a experimentar un despido injusto, o cualquier otra forma de represalia o trato peyorativo por el hecho de la paternidad y lo que la misma comporta en la esfera laboral y profesional”.

—apenas trece días— constituye indicio suficiente del posible carácter lesivo del despido del trabajador. En segundo lugar, consideró insuficiente la actividad probatoria de la empresa y, por ello, incapaz destruir el indicio de discriminación anterior. La empresa no había comunicado al trabajador la extinción de su contrato (se limitó a tramitar su baja en la seguridad social); tampoco compareció al acto del juicio; ni, en fin, “aportó prueba alguna” de la existencia de una causa real y ajena a la futura paternidad del trabajador, capaz de justificar la extinción del contrato y de desvirtuar con ello los indicios aportados por aquel.

### *2.5. STSJ Cataluña de 6 de marzo de 2023<sup>44</sup>: el despido por razón de futura paternidad es discriminatorio por asociación*

La reciente sentencia catalana parece haber adoptado la última palabra, hasta el momento, en esta materia, reconociendo el carácter discriminatorio por asociación por razón de sexo del despido del futuro padre tras haber comunicado a la empresa su futura paternidad. En este caso, se añade la circunstancia de que el trabajador despedido acababa de reincorporarse a esta tras el disfrute de una paternidad anterior.

Tras entender que la conexión temporal entre el anuncio de la futura paternidad y el despido producido es indicio suficiente del posible carácter discriminatorio de este, la Sala catalana no ahorra esfuerzos en ofrecer un más que cumplido razonamiento sobre la nulidad de este despido. Para ello atiende a tres posibles causas vinculadas a la vulneración de un derecho fundamental. A través de una discutible argumentación se rechaza la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del trabajador, ya que el despido se produjo tras anunciar su futura paternidad y, con ello, la intención de disfrutar de este derecho, pero sin haberlo solicitado formalmente. Para la Sala, el carácter “no reactivo sino preventivo” del despido impide vincularlo con la tutela judicial efectiva, sino son el siguiente derecho fundamental: a la no discriminación directa por razón de género.

El tercero de los derechos fundamentales analizados, y el que más interesa en este estudio, es precisamente el derecho a la no discriminación por razón de sexo “por asociación o refleja, ligada a la condición de embarazada de su mujer”. Para la Sala, “resultando del artículo 8 de la Ley Orgánica 3/2007 que constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad, el acto reactivo al anuncio de embarazo de la mujer del actor resulta discriminatorio por razón de sexo de manera directa o refleja, al traer causa el trato desfavorable hacia el trabajador (al acordar la medida extintiva), indiciariamente, de aquella situación de embarazo. A ello no obsta el que en la demanda no se le otorgase el referido *nomen iuris*, lo que sí se efectúa en el recurso, al no resultar vinculante la calificación jurídica, particularmente al invocarse lesión de derechos fundamentales”.

Una vez estimada la suficiencia del panorama discriminatorio generado por los indicios aportados por el trabajador, que aparentemente constituyen una vulneración

---

<sup>44</sup> Rº. 6291/2022.

de su derecho fundamental a la no discriminación, sea por razón de género o por razón de sexo por asociación, la Sala consideró insuficiente la justificación aportada por la empresa respecto de la decisión de despido. Para ello, la empresa había alegado la baja productividad del trabajador, así como el hecho de que había otros compañeros de este que también habían visto extinguido su contrato de trabajo por causas no relacionadas con su futura paternidad. Ninguna de las dos se estimó suficiente por la Sala<sup>45</sup> para desvirtuar el panorama discriminatorio, por lo que esta reconoció la nulidad del despido, tanto por discriminación directa por razón de género como por asociación por razón de sexo.

### 3. Reflexión final

A través de este recorrido jurisprudencial puede observarse cómo, una vez más, el Tribunal de Justicia ha abierto un nuevo camino a los juzgados y tribunales españoles, que estos han sabido seguir con relativo entusiasmo, para extender la tutela a determinadas conductas que, hasta entonces, habían conseguido permanecer invisibles al tratamiento jurídico. La discriminación por asociación ha permitido tutelar a quien no es titular de la característica discriminatoria, pero sufre, igualmente, sus efectos peyorativos.

Con todo, las mayores dificultades que genera la discriminación por asociación residen, todavía hoy, en la interpretación judicial de los requisitos procedimentales. Pese a que tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han admitido ya abiertamente la figura de la discriminación por asociación, la doctrina judicial sigue empleando criterios diferentes para la valoración de los indicios, generando con ello resoluciones que, en algunos casos, como el de la tutela del futuro padre, se convierten en terreno abonado para una futura unificación de doctrina. A la vista de las sentencias más recientes, existen suficientes incógnitas como para que no sea posible augurar una pronta resolución.

La reciente promulgación de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación ha permitido, al fin, que la discriminación por asociación cuente con un reconocimiento y una definición legal como “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 el apartado primero del artículo 2 de esta ley, es objeto de un trato discriminatorio”<sup>46</sup>. En la misma línea, 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, reconoce también la discriminación por asociación en el ámbito concreto de la

---

<sup>45</sup> Previamente a la evaluación la empresa modificó la zona de prestación de servicios del trabajador –pero no la de la compañera con la que es comparado–, no consta que la empresa tuviera en cuenta en el cálculo de su productividad los períodos en los que disfrutó de su previo permiso de paternidad; no queda acreditado que el trabajador tuviera peores resultados que otros compañeros; y, finalmente, el carácter genérico de los motivos alegados en la carta de despido.

<sup>46</sup> Artículo 6.2, apartado a) de la referida Ley 15/2022.

identidad sexual<sup>47</sup>. La importancia de este reconocimiento expreso en nuestra legislación interna es extraordinaria, pues permite visualizar la existencia de este fenómeno y le otorga una carta de naturaleza que supera –y recoge– la construcción jurisprudencial. Además, no ha de pasarse por alto que la referida Ley 4/2023 incorpora también de modo expreso la no menos importante legitimación activa de los sindicatos y otras asociaciones u organizaciones legalmente constituidas para presentar demandas ante el orden social para la defensa de intereses difusos respecto de conductas discriminatorias por asociación que carezcan de víctimas directas. Esta ampliación de la legitimación activa, acorde también a lo ya reconocido por sentencias del Tribunal de Justicia<sup>48</sup>, constituye una nueva vía de enorme relevancia, aunque de momento casi desconocida, para el fortalecimiento de la lucha contra la discriminación por asociación. Pero esta es otra historia que deberá ser contada en otra ocasión.

#### 4. Bibliografía

- BOGONI, Milena, Garantía de indemnidad y tutela antidiscriminatoria. Una propuesta de estudio desde el Derecho social europeo. *Revista Galega de Dereito Social*, núm. 9, 2019. Disponible en: <http://www.revistagalegadedereitosocial.gal/index.php/RGDS/article/view/91/192> (consulta: 4-08-2023).
- CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>. Emilia y ÁNGEL QUIROGA, Macarena, Discriminación directa “refleja” por razón de sexo (Denegación de licencia para atender a familiar hospitalizado por parto). *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 7, 2020, Disponible en: [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2020-00000001046](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2020-00000001046) (consulta: 4-08-2023).
- GARCÍA-PEROTE ESCARTÍN, Ignacio y MERCADER UGUINA, Jesús R., Nuevas contribuciones a la construcción del concepto de discriminación: la discriminación refleja o transferida (la STJCE de 17 de julio de 2008, asunto Coleman). *Justicia laboral: revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 37, 2009, pp. 5-10
- GÁRATE CASTRO, Javier, Presentación, En GÁRATE CASTRO, Javier y MANEIRO VÁZQUEZ, Yolanda (dirs.), *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por los órganos jurisdiccionales españoles. Estudios ofrecidos a María Emilia Casas Baamonde*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2020, pp. 21-42.

---

<sup>47</sup> Así, el art. 3.e) de la Ley 4/2023 considera que existe discriminación por asociación “cuando una persona o grupo en que se integra, debido a su relación con otra sobre la que concurra alguna de las causas de discriminación por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales, es objeto de un trato discriminatorio”.

<sup>48</sup> Es el caso de las SSTJUE de 10 de julio de 2008 (asunto C-54/07, *Feryn*), de 25 de abril de 2013 (asunto C-81/12, *Accept*) y de 23 de abril de 2020 (asunto C-507/18, *NH*).

- GÁRATE CASTRO, Javier, Sobre las peticiones españolas de decisión prejudicial en materia de política social justificadas y de imposible, difícil o cuestionable justificación. En: GÁRATE CASTRO, Javier y MANEIRO VÁZQUEZ, Yolanda (dirs.) *Estudios sobre la doctrina del Tribunal de Justicia en materia de política social*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 23-52.
- GIL OTERO, Lidia, El papel procesal de las asociaciones de defensa de la igualdad ante la presunción discriminatoria en el acceso al empleo: especial mención a la discriminación por orientación sexual. *Temas Laborales*, núm. 153, 2020, pp. 175-207.
- MANEIRO VÁZQUEZ, Yolanda, *La discriminación por asociación. Aspectos sustantivos y procesales*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.
- MARTÍNEZ MORENO, Carolina, ¿Serán los futuros padres un colectivo especialmente vulnerable frente a un eventual despido?. A propósito de la STSJ Madrid 21 marzo 2022. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones laborales y derecho del empleo*, núm. 3, 2022. Disponible en: [https://ejcls.adapt.it/index.php/rilde\\_adapt/article/view/1190](https://ejcls.adapt.it/index.php/rilde_adapt/article/view/1190) (consulta: 4-08-2023).
- MENÉNDEZ CALVO, Remedios, Doctrina judicial europea sobre diversidad e igualdad de género. Revisión con enfoque inclusivo. En: GÁRATE CASTRO, Javier y MANEIRO VÁZQUEZ, Yolanda (dirs.) *Estudios sobre la doctrina del Tribunal de Justicia en materia de política social*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 165-196.
- MIRANDA BOTO, José María, El derecho social de la Unión Europea ante la encrucijada: ante la parálisis legislativa y el impulso judicial. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm.127, 2017, pp. 19-44.
- MIRANDA BOTO, José María, El hurón vuelve a Europa o algunas reflexiones inocentes sobre la cuestión prejudicial en materia social. En: MIRANDA BOTO, José María y MARTÍNEZ MOYA, Juan, *El Derecho del Trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones*, Cinca, Madrid, 2018, pp. 619-653.
- MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, *La doctrina jurisprudencial por discriminación de género en el orden social*, La Ley, Madrid, 2020.
- MUÑOZ RUÍZ, Ana Belén, Discriminación por asociación y nuevos enfoques de la tutela antidiscriminatoria en el empleo el caso Coleman como “leading case”. En: DÍEZ-HOCHLEITNER RODRÍGUEZ y otros, *Últimas tendencias en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: (2008-2011)*, La Ley, 2012, pp. 1099-1116.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, La extensión de la garantía de indemnidad a testigos informales de situaciones de discriminación por razón de sexo. *Trabajo y Derecho*, núm. 61, 2019, pp. 54-65.
- RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen y FOLGOSO OLMO, Antonio, Protección frente a represalias a quien se opone a una discriminación en el seno de la pro-

pia empresa. *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 5, 2019. Disponible en: [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2019-00000000534](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2019-00000000534) (consulta: 4-08-2023).

VELASCO PORTERO, María Teresa, Doctrina del Tribunal de Justicia sobre discriminación por asociación y su impacto en nuestra jurisprudencia. *Revista Galega de Dereito Social*, núm. 9, 2019. Disponible en: <http://www.revistagalegadedereito-social.gal/index.php/RGDS/article/view/83/194> (consulta: 4-08-2023).

# El contrato individual de trabajo internacional

## International employment contract

Juliana Rodríguez Rodrigo\*

*Profesora Titular (acred. Catedrática) de Derecho Internacional Privado  
Universidad Carlos III de Madrid*

ORCID ID: 0000-0002-5896-983X

Recibido: 29/12/2023

Aceptado: 12/2/2024

doi: 10.20318/labos.2024.8398

*Resumen:* En este artículo explicaremos cuándo un contrato de trabajo es internacional y estudiaremos, en este caso, qué tribunales europeos serán los competentes para conocer de las demandas que se planteen en relación con él y la ley que aplicarán para resolverlas. Enfocaremos el estudio, por tanto, desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado y analizaremos las principales normas europeas reguladoras de la competencia judicial internacional y de la ley aplicable en esta materia de contrato individual de trabajo.

*Palabras clave:* contrato de trabajo, competencia judicial internacional, Reglamento Bruselas I bis, ley aplicable, Reglamento Roma I.

*Abstract:* In this article we will explain when an employment contract is international and we will see, in this case, which European courts will be jurisdiction to hear the claims that arise in relation to it and the law that they will apply to resolve them. We will approach the study, therefore, from the perspective of Private International Law and we will analyze the main European rules regulating international jurisdiction and the applicable law in this matter of individual employment contract.

*Keywords:* employment contract, jurisdiction, Brussels I bis Regulation, applicable law, Rome I Regulation.

### 1. Introducción

Cada vez son más los contratos de trabajo que presentan algún elemento de extranjería. La globalización inició esta tendencia con el aumento de las relaciones de trabajo internacionales. La tecnología, ahora, facilitando el teletrabajo, está contribuyendo a que esta tendencia se encuentre cada día más consolidada.

---

\*jrrodrig@der-pr.uc3m.es

El hecho de que el contrato de trabajo sea internacional lo ubica en un entorno de riesgo mayor que si se tratara de una relación laboral interna. Que el contrato de trabajo sea internacional y, por ende, que se encuentre vinculado con más de un Estado, supone que, llegado el momento del litigio, los tribunales competentes para conocer del mismo puedan ser extranjeros y que el Derecho aplicable a la resolución del caso pueda ser, también, quizá, foráneo.

Si el contrato de trabajo, sea nacional o internacional, se cumple por ambas partes, no tendrá mayor transcendencia jurídica. Sin embargo, si existe incumplimiento de alguna de las cláusulas del mismo, si surge una controversia o litigio, es cuando se hace imprescindible conocer el Derecho que va a ser aplicado al mismo. Al tratarse de un contrato internacional, conectado con varios Estados, lo primero que debemos preguntarnos es qué país va a tener la competencia para conocer de la disputa. Una vez resuelta esta primera cuestión de competencia judicial internacional, lo inmediatamente después que nos plantearemos será qué ordenamiento será el aplicable para la resolución del conflicto.

Es muy importante conocer estas dos cuestiones de competencia judicial internacional y de ley aplicable porque, de la respuesta que se dé a las mismas, dependerá la solución que se ofrezca a la controversia surgida de la relación jurídica.

En este artículo vamos a resolver estos dos interrogantes pero primero estudiaremos cuándo un contrato de trabajo es internacional. Esta cuestión es vital para determinar la regulación aplicable a las dos preguntas planteadas. Así es, si la relación jurídica es internacional, la normativa de Derecho Internacional Privado será la rectora y la que determine el Estado cuyos órganos jurisdiccionales van a ser los competentes para conocer de la cuestión, así como el Derecho aplicable al fondo del asunto. En cambio, si se trata de un contrato de trabajo nacional, español, el Derecho laboral procesal y material español será el determinante.

## 2. Relación jurídica internacional

El contrato de trabajo será internacional si presenta algún elemento de extranjería. Utilizamos, para ello, la tesis del elemento extranjero puro, según la cual, la relación jurídica es internacional cuando existe en ella algún elemento de extranjería, el que sea, sin importar su naturaleza, relevancia o intensidad<sup>1</sup>. Así lo ha establecido el TJUE al afirmar que “...un litigio que presenta un elemento de extranjería entra en el ámbito de aplicación material del Reglamento [Reglamento 44/2001]...”<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “El derecho internacional privado: concepto, caracteres, objeto y contenido” en CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2ª ed., 2022, págs. 127-134.

<sup>2</sup> STJUE de 19 de diciembre de 2013, *Corman-Collins*, C-9/12, ECLI:EU:C:2013:860, apartado 22.

El Informe Jenard, por su parte, indica que “*Tal y como se destaca en el cuarto párrafo del preámbulo, el Convenio determina la competencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados contratantes «en el orden inter-*

## 2.1. Competencia judicial internacional

En este contexto, con una relación jurídica internacional, cuando surge un litigio, cuando alguna de las obligaciones contractuales no se cumple, la parte que desea demandar deberá saber, en primer lugar, el Estado ante cuyos tribunales deberá interponer su reclamación.

Al encontrarse la relación vinculada con más de un país, los tribunales competentes para conocer de las cuestiones que surjan de la misma podrían ser, a priori, los de cualquiera de los ordenamientos con los que se encuentra conectada. Es el legislador es que determinará qué vínculos considera más fuertes para atribuir la competencia a los órganos jurisdiccionales del Estado con el que se presentan. Esta operación de determinación del país con la competencia en el caso la realiza el legislador a través de los foros. El foro es un elemento de la relación jurídica que se utiliza para atribuir la competencia al Estado en cuestión en el que se ubica<sup>3</sup>. El principio que inspira la selección del foro es el de cercanía o proximidad del tribunal con el supuesto.

Teniendo en cuenta todo lo señalado, entre todos los Estados con los que la relación jurídica tenga vínculos, el legislador elegirá aquel, o aquellos, que presente una conexión más estrecha con el asunto, en términos de cercanía, para que sus órganos jurisdiccionales sean los competentes en el mismo. Y decimos bien, en estos casos de competencia judicial internacional, sería posible que los tribunales competentes en el mismo supuesto fueran los de varios Estados. En este caso, todos ellos serían competentes pero, intentando evitar la duplicidad de procesos para evitar, a su vez, que pueda haber varias resoluciones inconciliables en el mismo asunto, el legislador ofrece la herramienta de la litispendencia, a utilizar por el demandado, para que sólo resuelva el asunto un órgano jurisdiccional, normalmente, el que primero haya empezado a conocer.

En este escenario, si se alega la litispendencia y el órgano jurisdiccional en cuestión que no entra en el fondo del asunto es español, el demandante en el proceso en España podría alegar vulneración de su tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Lo podría hacer argumentando que en España no va a tener tutela judicial porque ningún órga-

---

*nacional». Sólo modifica las normas de competencia vigentes en cada uno de los Estados contratantes si se revela un elemento de extranjería. Esta noción no está definida, por poder depender el carácter internacional de la relación jurídica de circunstancias que son propias del litigio presentado ante el tribunal” (Informe sobre el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (firmado en Bruselas el 27 de septiembre de 1968) elaborado por el Sr. P. Jenard, DOCE C189, de 28 de julio de 1990). El Convenio de Bruselas de 1968 es la norma origen del actual Reglamento Bruselas I bis (DO C27, de 26 de enero de 1998). El Convenio fue sustituido en los Estados miembros por el Reglamento 44/2001 -Reglamento Bruselas I- y éste, a su vez, lo ha sido por el Reglamento 1215/2012 -Reglamento Bruselas I bis- (DOCE L12, de 16 de enero de 2001, y DOUE L351, de 20 de diciembre de 2012, respectivamente). Las tres normas son similares en el contenido y en la interpretación que se ha de dar a las mismas (*vid.*, entre otras, STJUE de 19 de julio de 2012, *Mahamdia*, C-154/11, ECLI:EU:C:2012:491, apartado 47). Todas ellas regulan, o han regulado, la competencia judicial internacional en materia civil o mercantil.*

<sup>3</sup> CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Competencia judicial internacional” en CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2ª ed., 2022, pág. 361.

no jurisdiccional va a resolver el asunto, aún teniendo competencia para ello. En estas circunstancias, el demandante no verá vulnerado su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva porque el caso planteado por él sí podrá tener respuesta en España, si bien, no por conocimiento del mismo, sí por reconocimiento de la resolución judicial que dicte el tribunal extranjero que ha resuelto el fondo del asunto, reconocimiento que debe ser solicitado, de manera voluntaria, por la parte interesada en el mismo<sup>4</sup>.

Con lo anterior, hemos puesto de manifiesto la relación tan estrecha que existe entre la competencia judicial internacional y el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, sobre todo cuando, en relación a la primera, el legislador ofrece foros alternativos que permiten que pueda haber varios Estados con competencia en el mismo caso y, de este modo, se puedan generar supuestos de litispendencia. Esta conexión entre ambos sectores del Derecho Internacional Privado es lo que ha hecho que la norma europea más importante de competencia judicial internacional en materia civil y mercantil, el Reglamento 1215/2012, del que hablaremos más adelante, regule ambas cuestiones, y sólo esas dos, en el mismo texto.

## 2.2. *Ley aplicable*

En segundo lugar, una vez conocemos los tribunales competentes, la segunda cuestión fundamental a responder en estos casos internacionales es qué ordenamiento será el aplicado por el órgano jurisdiccional competente para resolver el asunto interpuesto ante su jurisdicción.

Del mismo modo que se ha analizado en relación con la competencia judicial, también, estos asuntos internacionales, vinculados con más de un Estado, plantean la cuestión de cuál de los ordenamientos conectados con ellos será el aplicable para dar respuesta al fondo del asunto. De nuevo, el legislador utilizará el criterio de la vinculación más estrecha para determinar cuál será el que deba aplicarse al caso. La vinculación más estrecha en este caso responde al principio de previsibilidad en la ley aplicable para las partes, previsibilidad que, al mismo tiempo, existirá si el Estado, cuyo ordenamiento será el rector de la relación jurídica, se encuentra cercano al caso.

En este sector de la ley aplicable, a diferencia de lo que se ha señalado respecto de la competencia judicial internacional, el ordenamiento elegido por el legislador, por ser el más vinculado con el asunto, debe ser único. En efecto, si bien la norma en materia de competencia puede ofrecer diferentes foros en el mismo caso, cuando se trata de determinar el Derecho aplicable sólo puede designar un ordenamiento y no varios. Es lógico, el operador jurídico deberá resolver conforme a una concreta ley. La manera que tiene el legislador de seleccionar el Estado cuyo ordenamiento va a ser el aplicado al supuesto es a

---

<sup>4</sup> *Vid.*, VIRGÓS SORIANO, M./GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Civitas, Madrid, 2000, págs. 255-256; AGUILAR GRIEDER, H., *Acumulación de procesos en los litigios internacionales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 300-302.

través de las normas de conflicto. Esta técnica normativa, propia del Derecho Internacional Privado, permite, a través del punto de conexión, identificar el ordenamiento rector del supuesto. El punto de conexión, igual que el foro, es un elemento de la relación jurídica que utiliza el legislador para determinar cuál es el Estado cuyo ordenamiento regirá el asunto<sup>5</sup>.

En materia civil y mercantil, la autonomía de la voluntad representa la vinculación más estrecha del caso con el tribunal competente y la ley aplicable. No hay mayor vinculación que la voluntad de las partes, por tanto, con carácter general, en asuntos patrimoniales, los tribunales competentes y la ley aplicable serán los elegidos por las partes. Sin embargo, en el concreto caso del contrato de trabajo, al existir en el mismo una parte débil necesitada de protección, las partes no pueden elegir tribunales competentes ni ley aplicable de manera plena, en estos casos, en los que la superioridad del empleador puede suponer que la voluntad que pudiera manifestar el trabajador no fuera libre y consentida, se admite el acuerdo pero con limitaciones.

### 3. Competencia judicial internacional: Reglamento 1215/2012

Centrándonos en el contexto europeo, el Reglamento 1215/2012 (UE) es la norma que deben aplicar los órganos jurisdiccionales de todos los Estados miembros de la Unión Europea –ámbito de aplicación espacial– para decidir si son competentes en los asuntos en materia civil y mercantil –ámbito de aplicación material– que llegan a sus jurisdicciones<sup>6</sup>. Si bien, en algunos casos, dependiendo de si el domicilio del demandado se encuentra en el territorio UE –ámbito de aplicación personal–, se aplicará la norma, si lo está, o no se utilizará, si no lo está. En los concretos asuntos relativos a litigios que surgen de contratos de trabajo internacionales, ese factor del domicilio del demandado no es relevante cuando el demandado sea el empresario. En efecto, el trabajador demandado debe tener su domicilio en la UE pero el empleador, cuando es la parte demandada, no es necesario que se encuentre domiciliado en territorio de la Unión para que sea aplicable la norma (art. 21.2).

Como puede observarse, lo importante para que se aplique el Reglamento Bruselas I bis no es que el asunto sea internacional europeo, esto es, que deba presentar vínculos sólo con la Unión Europea<sup>7</sup>. Así es, siempre que el supuesto sea internacional, independientemente de los Estados con lo que se encuentre vinculado, estará cubierto

---

<sup>5</sup> CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Derecho aplicable (I). Técnicas de reglamentación. La norma de conflicto” en CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2ª ed., 2022, pág. 535.

<sup>6</sup> Reglamento (UE) N° 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición), DOUE L351, de 20 de diciembre de 2012. Norma conocida como Reglamento Bruselas I bis. El texto empezó a ser aplicado el 10 de enero de 2015, a las demandas interpuestas a partir de esta fecha (art. 66).

<sup>7</sup> STJCE de 1 de marzo de 2005, *Owusu*, C-281/02, ECLI:EU:C:2005:120. Según esta sentencia, “25. Es cierto que, como se desprende del informe sobre dicho Convenio elaborado por el Sr. Jenard (DO 1979, C 59, pp. 1

por el ámbito de aplicación material del Reglamento. Lo verdaderamente relevante para saber si el órgano jurisdiccional debe aplicar la norma en estos asuntos de contratos de trabajo es que ésta forme parte de su ordenamiento, si es así, y además se cumple el criterio del domicilio del demandado en la Unión en los supuestos en los que se exija, el juez deberá aplicar el Reglamento para saber si tiene competencia o no en el caso.

En este escenario, además, se debe dejar claro que, si el Reglamento es aplicable, el órgano jurisdiccional no puede utilizar otra norma, debe tener en cuenta este texto europeo y comprobar si tiene foro en el caso. Si lo tiene, se declarará competente y, si no lo tiene, se declarará incompetente y no aplicará otra norma buscando tener foro en el asunto<sup>8</sup>. Si el Reglamento no otorga competencia al órgano jurisdiccional europeo frente al que se ha presentado la demanda, será que la vinculación que tiene el Estado en cuestión con el caso no es lo suficientemente estrecha como para que el legislador considere que debe tener la competencia, en estos supuestos habrá otro país más vinculado con el supuesto que será el que deba conocer del fondo.

### 3.1. Contrato individual de trabajo: definición

El Reglamento Bruselas I bis excluye de su ámbito de aplicación la seguridad social (art. 1.2.c), no así, los contratos individuales de trabajo, a los que dedica la Sección 5 de la norma.

El legislador, sin embargo, no aporta una definición de contrato individual de trabajo. Ha sido la jurisprudencia la que ha creado un concepto autónomo de esta figura<sup>9</sup>. Así es, los contratos de trabajo “*de la misma manera que otros contratos relativos al trabajo por cuenta ajena, presentan ciertas particularidades en relación con los demás contratos, aun*

---

*y ss., especialmente p. 8), la aplicación de las reglas de competencia del Convenio de Bruselas requiere un elemento de extranjería. 26 Sin embargo, a efectos de la aplicación del artículo 2 del Convenio de Bruselas, el carácter internacional de la relación jurídica de que se trate no tiene que derivar necesariamente de que estén implicados varios Estados contratantes debido al fondo del litigio o al domicilio respectivo de las partes del litigio. Así, el hecho de que estén implicados un Estado contratante y un Estado tercero, debido, por ejemplo, a que el demandante y uno de los demandados están domiciliados en el primer Estado, y a que los hechos controvertidos se han producido en el segundo Estado, también puede conferir carácter internacional a la relación jurídica de que se trate. En efecto, una situación de este tipo puede plantear en el Estado contratante, como sucede en el procedimiento principal, cuestiones relativas a la determinación de la competencia de los órganos jurisdiccionales en el orden internacional, lo que constituye precisamente uno de los objetivos del Convenio de Bruselas, como se desprende del tercer considerando de su preámbulo. 27 Así, el Tribunal de Justicia ha interpretado ya las reglas de competencia establecidas por el Convenio en varios casos en los que el demandante tenía su domicilio en un país tercero, mientras que el demandado estaba domiciliado en el territorio de un Estado contratante (véanse las sentencias de 25 de julio de 1991, Rich, C-190/89, Rec. p. I-3855; de 6 de diciembre de 1994, Tatry, C-406/92, Rec. p. I-5439, y Group Josi, antes citada, apartado 60)”.*

<sup>8</sup> STSJ de Madrid, de 10 de junio de 2015, FD Segundo, JUR 2015\178469.

<sup>9</sup> STJUE de 25 de febrero de 2021, BU VS. Markt24, C-804/19, ECLI:EU:C:2021:134, apartado 24; STJUE de 10 de septiembre de 2015, Holterman Ferho Exploitatie y otros, C-47/14, CLI:EU:C:2015:574, apartado 37.

cuando éstos últimos se refieran a prestaciones de servicios, en el sentido de que crean una relación duradera que inserta al trabajador en el marco de cierta organización de los asuntos de la empresa o del empresario y en el sentido de que se ubican en el lugar del ejercicio de las actividades, lugar que determina la aplicación de disposiciones de Derecho obligatorio y de convenios colectivos”<sup>10</sup>. Desde la óptica del trabajador, el TJUE señala que “Este concepto [de trabajador] debe definirse según criterios objetivos que caractericen la relación laboral teniendo en cuenta los derechos y deberes de las personas afectadas. La característica esencial de la relación laboral es la circunstancia de que una persona realiza, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, ciertas prestaciones, por las cuales percibe una remuneración”<sup>11</sup>.

Uniendo la definición de ambos conceptos podemos aportar cuatro características que configuran el contrato individual de trabajo según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>12</sup>. Estos elementos son: 1) relación duradera<sup>13</sup>; 2) vínculo de dependencia del trabajador en relación con el empresario<sup>14</sup>; 3) el objeto es una pres-

<sup>10</sup> STJCE de 15 de enero de 1987, asunto 266/85, *Shenavai*, ECLI:EU:C:1987:11, apartado 16.

*Vid.*, también, en el mismo sentido, STJCE de 15 de febrero de 1989, *Six Constructions*, asunto 32/88, ECLI:EU:C:1989:68, apartado 10; STJUE de 10 de septiembre de 2015, *Holterman Ferho Exploitatie y otros*, C-47/14, CLI:EU:C:2015:574, apartado 39.

<sup>11</sup> STJCE de 3 de julio de 1986, *Deborah Lawrie-Blum*, asunto 66/85, ECLI:EU:C:1986:284, apartado 17. *Vid.*, también, STJCE de 12 de mayo de 1998, *María Martínez Sala*, C-85/96, ECLI:EU:C:1998:217, apartado 32; STJCE de 13 de enero de 2014, *Debra Allonby*, C-256/01, ECLI:EU:C:2004:18, apartado 67; STJCE de 14 de diciembre de 1989, *The Queen*, C-3/87, ECLI:EU:C:1989:650, apartado 35; STJUE de 20 de septiembre de 2007, *Kiiski*, C-116/06, ECLI:EU:C:2007:536, apartado 25; STJCE de 11 de abril de 2019, *Bosworth y Hurley*, C-603/17, ECLI:EU:C:2019:310, apartado 25; STJCE de 13 de abril de 2000, *Lehtonen y Castors Braine*, C-176/96, ECLI:EU:C:., apartado 45; STJCE de 23 de marzo de 2004, *Collins*, C-138/02, ECLI:EU:C:2004:172, apartado 26; STJCE de 7 de septiembre de 2004, *Trojani*, C-456/02, ECLI:EU:C:2004:488, apartado 15; STJCE de 26 de abril de 2007, *Alevizos*, C-392/05, ECLI:EU:C:2007:251, apartado 67; STJCE de 8 de junio de 1999, *Meeusen*, C-337/97, ECLI:EU:C:1999:284, apartado 13; STJUE de 10 de septiembre de 2015, *Holterman Ferho Exploitatie y otros*, C-47/14, CLI:EU:C:2015:574, apartado 41; STJCE de 26 de febrero de 1992, *Bernini*, C-3/90, ECLI:EU:C:1992:89, apartado 14; STJCE de 31 de mayo de 2001, *Leclere*, C-43/99, ECLI:EU:C:2001:303, apartado 55.

<sup>12</sup> TODOLÍ SIGNES, A., “Las fuentes reguladoras de la determinación de la jurisdicción competente”, en SALA FRANCO, T./LÓPEZ TERRADA, E., *Las relaciones laborales internacionales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, págs. 147-148.

<sup>13</sup> Lo que incluye la actividad a tiempo parcial pero no, así, las actividades *puramente marginales y accesorias* (STJCE de 23 de marzo de 1982, *Levin*, asunto 53/81, ECLI:EU:C:1982:105, apartados 16 y 17; STJCE de 23 de marzo de 2004, *Collins*, C-138/02, ECLI:EU:C:2004:172, apartado 26; STJCE de 7 de septiembre de 2004, *Trojani*, C-456/02, ECLI:EU:C:2004:488, apartado 15; STJCE de 26 de abril de 2007, *Alevizos*, C-392/05, ECLI:EU:C:2007:251, apartado 67; STJCE de 8 de junio de 1999, *Meeusen*, C-337/97, ECLI:EU:C:1999:284, apartado 13; STJCE de 26 de febrero de 1992, *Bernini*, C-3/90, ECLI:EU:C:1992:89, apartado 14.).

<sup>14</sup> STJCE de 11 de abril de 2019, *Bosworth y Hurley*, C-603/17, ECLI:EU:C:2019:310, apartados 26 y 28. En el caso en cuestión, “Habida cuenta de las anteriores consideraciones, debe responderse a la segunda cuestión prejudicial que las disposiciones del título II, sección 5 (artículos 18 a 21), del Convenio de Lugano II, deben interpretarse en el sentido de que un contrato que vincula a una sociedad y a una persona física que ejerce las funciones de consejero de la misma no crea un nexo de subordinación entre ellas y, en consecuencia, no puede tener

tación de servicios; 4) existencia de remuneración como contraprestación por el servicio prestado. A estos requisitos se debe sumar otro si el tribunal ante el que se interpone la demanda es español, cual es, que el trabajador sea una persona física, según se deduce del artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores<sup>15</sup>.

### 3.2. Foros

La competencia judicial internacional en los contratos individuales de trabajo se encuentra regulada en la Sección 5 del Reglamento, artículos 20 a 23<sup>16</sup>. Se trata de una Sección que, junto con la número 3 –dedicada a los contratos de seguro– y la número 4 –contratos con consumidores–, recogen una regulación de competencia judicial internacional particular, que se aparta de la general existente en materia civil y mercantil por razón de la existencia de una parte débil en la relación contractual.

La Sección 5 tiene carácter, no sólo especial, también, excluyente o exhaustivo<sup>17</sup>. Esto significa que los únicos foros que pueden ser utilizados en los contratos individuales de trabajo son los recogidos en la misma. Si bien, como excepción a esta exclusividad, es posible utilizar el foro del litisconsorcio pasivo necesario del artículo 8.1 cuando el trabajador desea demandar a más de un empresario (art. 20.1); a diferencia de lo que ocurriría bajo la aplicación del Reglamento 44/2001<sup>18</sup>.

---

*la calificación de «contrato individual de trabajo», en el sentido de estas disposiciones, cuando, aunque el accionista o los accionistas de esta sociedad tengan la facultad de poner fin a dicho contrato, esa persona esté en condiciones de decidir o decida efectivamente los términos de ese contrato y disponga de un poder de control autónomo tanto sobre la gestión corriente de los asuntos de esa sociedad como sobre el ejercicio de sus propias funciones» (apartado 35). Vid., VAQUERO LÓPEZ, C., “El concepto de contrato de trabajo en el marco del Convenio de Lugano. Comentario a la sentencia del TJUE de 11 de abril de 2019, asunto C-603/17, Bosworth y Hurley”, *CDT*, vol. 12, nº 1, 2020, págs. 776- 783.*

*Vid.*, también, en este sentido, STJUE de 25 de febrero de 2021, *BU VS. Markt24*, C-804/19, ECLI:EU:C:2021:134, apartado 25; STJUE de 10 de septiembre de 2015, *Holterman Ferho Exploitatie y otros*, C-47/14, CLI:EU:C:2015:574, apartado 40.

<sup>15</sup> STSJ de Madrid, de 6 de julio de 2020, FD Sexto, JUR 2020\287811.

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015.

<sup>16</sup> STJUE de 25 de febrero de 2021, *BU VS. Markt24*, C-804/19, ECLI:EU:C:2021:134, apartado 23.

<sup>17</sup> STJUE de 21 de junio de 2018, *Petronas*, C-1/17, ECLI:EI:C:2018:478, apartado 25; STJUE de 14 de septiembre de 2017, *Nogueira*, C-168/19 y C-169/19, ECLI:EU:C:2017:688, apartado 51; STJUE de 22 de mayo de 2008, *Glaxosmithkline*, C-462/06, ECLI:EU:C:2008:299, apartado 18; STJUE de 10 de septiembre de 2015, *Holterman Ferho Exploitatie y otros*, C-47/14, CLI:EU:C:2015:574, apartado 44; STJUE de 25 de febrero de 2021, *BU VS. Markt24*, C-804/19, ECLI:EU:C:2021:134, apartado 33.

*Vid.*, en relación con la STJUE en el caso *Petronas*, GARDENES SANTIAGO, M., “Reconvención y contrato internacional de trabajo. Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de junio de 2018, as. C-1/17: *Petronas Lubricants*”, *La Ley Unión Europea*, nº 62, 2018.

<sup>18</sup> CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Contrato internacional de trabajo” en CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo III, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2ª ed., 2022, pág. 3529.

La existencia de una parte débil, que en nuestro caso es el trabajador, implica que la regulación sea más tuitiva con ella. Y así es como se han diseñado los foros de competencia judicial internacional en el contrato internacional de trabajo, con el objetivo de proteger al trabajador que se encuentra en su relación con el empresario en una posición de inferioridad<sup>19</sup>.

Precisamente, este objetivo de protección del empleado es lo que lleva al legislador del Reglamento Bruselas I bis a, por ejemplo, no contemplar el foro de la sumisión más que de forma muy limitada y en beneficio del trabajador o a que, para demandar al empresario, no sea necesario su domicilio en territorio UE (art. 21.2).

### 3.2.1. Foro de sumisión (art. 23)

El foro de sumisión es el primero a tener en cuenta en materia civil y mercantil y, por ello, también en relación con el contrato de trabajo<sup>20</sup>. Si bien, como ya se ha mencionado, en este ámbito la autonomía de la voluntad no se puede ejercer de manera plena. El artículo 23 sólo permite que las partes pacten tribunales europeos competentes cuando el acuerdo se celebre después del surgimiento del litigio o cuando sea el trabajador quien pueda acudir a esos tribunales elegidos para interponer la demanda<sup>21</sup>.

---

El artículo 18.1 de Reglamento 44/2001 indicaba que “*En materia de contratos individuales de trabajo, la competencia quedará determinada por la presente sección, sin perjuicio del artículo 4 y del punto 5 del artículo 5*”. De esta manera, no permitía utilizar el foro del litisconsorcio pasivo del artículo 6.1. Ahora, el artículo 20.2 del Reglamento 1215/2012 añade, a los foros de los artículos 6 y 7.5 -correspondientes con los artículos 4 y 5.5 del Reglamento Bruselas I- el precepto 8.1, regulador de esta posibilidad de demandar a varios demandados ante el tribunal del domicilio de uno de ellos. Como vemos, junto al litisconsorcio, también se podrían utilizar los foros de los artículos 6 y 7.5 de la norma, como excepciones a la aplicación únicamente de los preceptos de la Sección 5 cuando de un contrato individual de trabajo se trata.

Reglamento (CE) N° 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DOCE L12, de 16 de enero de 2001.

<sup>19</sup> STJUE de 19 de julio de 2012, *Mahamdia*, C-154/11, ECLI:EU:C:2012:491, apartados 44 y 46; STJUE de 14 de septiembre de 2017, *Nogueira*, C-168/19 y C-169/19, ECLI:EU:C:2017:688, apartado 49; STJUE de 10 de septiembre de 2015, *Holterman Ferho Exploitatie y otros*, C-47/14, CLI:EU:C:2015:574, apartado 43; STJUE de 21 de junio de 2018, *Petronas*, C-1/17, ECLI:EI:C:2018:478, apartado 23.

El Considerando 18 del Reglamento Bruselas I bis indica, por su parte, que “*En lo que atañe a los contratos de seguro, los contratos celebrados por los consumidores o los contratos de trabajo, debe protegerse a la parte más débil mediante normas de competencia más favorables a sus intereses de lo que disponen las normas generales*”.

<sup>20</sup> Respecto de la posibilidad de elegir los tribunales competentes, la Unión Europea es parte del Convenio de La Haya, de 30 de junio de 2005, sobre acuerdos de elección de foro (<https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=98>). Sin embargo, los contratos de trabajo y los convenios colectivos se encuentran excluidos de su ámbito de aplicación (art. 2.1.b).

<sup>21</sup> En relación con esto último, esto es, con el hecho de que el trabajador es el único que puede beneficiarse de la posibilidad de interponer la demanda ante los tribunales elegidos por ambas partes cuando la elección se ha hecho antes del surgimiento del litigio, *vid.*, STJUE de 19 de julio de 2012, *Mahamdia*, C-154/11, ECLI:EU:C:2012:491. En esta sentencia, el Tribunal de Justicia concluye que “*De cuanto antecede resulta que procede responder a la segunda cuestión que el artículo 21, punto 2, del Reglamento n° 44/2001 debe interpretarse*

En este último caso, cuando el acuerdo de elección de tribunales se ha realizado antes del nacimiento de la controversia, como decimos, sólo puede beneficiar al trabajador como demandante, él será el único que pueda interponer la demanda ante esos jueces elegidos. Por lo tanto, el empleado que ha sido demandado ante los tribunales de su domicilio no podrá alegar la sumisión para oponerse a la competencia del órgano jurisdiccional<sup>22</sup>. En el primer supuesto, cuando el acuerdo se celebra después del surgimiento del litigio, cabría hablar, entre otros escenarios, de sumisión tácita de las partes, con la interposición de la demanda ante determinados órganos jurisdiccionales, por parte del demandante, y la contestación a la misma, sin impugnar la competencia del tribunal, por parte del demandado<sup>23</sup>.

Como indica el apartado 2) del artículo 23, los tribunales europeos que pueden elegir las partes sólo pueden ser otros distintos a los que ya tengan competencia en el asunto por los foros de la Sección 5. La sumisión debe tener, por tanto, el efecto de prórroga, esto es, las partes pueden hacer competentes por su voluntad a otros tribunales distintos a los que ya tienen competencia<sup>24</sup>. El foro de sumisión está diseñado para que las partes puedan añadir otros tribunales competentes a los que ya les ofrece la norma.

### 3.2.2. Foro del lugar de prestación temporal de los servicios: artículo 6 Directiva 96/71/CE

Debemos incluir, junto al foro de la sumisión, esta posibilidad de interponer la demanda ante los tribunales del Estado miembro del lugar de prestación de los servicios, en los supuestos de desplazamiento temporal de trabajadores contemplados por la Directiva 96/71/CE. Este foro no se encuentra recogido en el Reglamento 1215/2012, lo ofrece el

---

*en el sentido de que una cláusula de sumisión procesal otorgada antes del nacimiento de una controversia está comprendida en el ámbito de aplicación de esa disposición en la medida en que ofrezca al trabajador la posibilidad de formular demandas ante otros tribunales, además de en los tribunales normalmente competentes en virtud de las reglas especiales de los artículos 18 y 19 de este Reglamento, incluidos, en su caso, los tribunales situados fuera de la Unión” (apartado 66). Como vemos, los tribunales elegidos pueden ser los de un Estado miembro o los de un tercer país, ahora bien, en este último caso, esos órganos jurisdiccionales no van a poder ser competentes por el foro de sumisión del artículo 23 del Reglamento 1215/2012, lo serán, en todo caso, si la norma que exista en su ordenamiento, reguladora de la competencia judicial internacional, les otorga foro para ser competentes.*

*Vid., JUÁREZ PÉREZ, P., “De inmunidades, sumisiones y centros de trabajo: la STJUE de 19 de julio de 2012, Mahamdia C. República de Argelia”, CDT, vol. 5, nº 1, 2013, págs. 254-272.*

<sup>22</sup> ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., *La relación laboral internacional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pág. 456.

<sup>23</sup> ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., *La relación laboral internacional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pág. 458.

<sup>24</sup> CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Competencia judicial internacional y derecho de los negocios internacionales” en CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2ª ed., 2022, pág. 2655.

artículo 6 de la Directiva mencionada y, en España, el artículo 16.1 de la Ley de transposición 45/1999<sup>25</sup>.

La Directiva 96/71/CE se aplica a los trabajadores que durante un período de tiempo limitado realicen su trabajo en un Estado miembro distinto de aquel en el desarrollan su actividad laboral de manera habitual (art. 2.1)<sup>26</sup>.

Este foro del lugar de prestación temporal del trabajo es una reclamación que se había venido haciendo en favor de los trabajadores desplazados<sup>27</sup>. Con él se amplía el abanico de posibilidades de interposición de la demanda con unos tribunales, cercanos al empleado, que, por ello, se convierten en competentes en su beneficio.

Aunque el precepto no lo exige expresamente, parece que el foro será utilizado mayoritariamente por el trabajador para demandar al empresario, ya que, el propio artículo 6 de la Directiva indica que el mismo se configura para salvaguardar el derecho a las condiciones de trabajo y de empleo, del Estado de la prestación temporal, que debe garantizar el empresario al trabajador. Por esta razón, se utilizará en los casos en los que no se salvaguarde el derecho y quien puede no salvaguardarlo será el empresario, que será el demandado, por tanto, en estos supuestos.

### 3.2.3. Foros cuando el empresario es el demandado

Si no hay acuerdo de las partes al respecto, los foros que establece el Reglamento se encuentran diferenciados según quien sea la parte demandada.

De esta manera, si el demandado es el empresario, el trabajador podrá interponer su demanda contra él ante diferentes órganos jurisdiccionales determinados por los siguientes foros alternativos. Por un lado, el artículo 21.1.a) recoge el foro general del domicilio del demandado, en el momento de interposición de la demanda<sup>28</sup>. Por otro, la letra b) del precepto anterior establece que el empresario podrá ser demandado, también, ante el órgano jurisdiccional del lugar en el que o desde el que el trabajador desempeñe

---

<sup>25</sup> Directiva 96/71/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios, DOCE L18, de 21 de enero de 1997.

Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, BOE núm. 286, de 30 de noviembre de 1999. *Vid.*, en relación con esta norma, PALAO MORENO, G., “La Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. Un nuevo paso hacia la consolidación de un mercado de trabajo integrado en Europa”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, nº 208, 2000, págs. 43-62.

<sup>26</sup> *Vid.*, GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., “Desplazamiento transnacional laboral genuino y ley aplicable al contrato de trabajo”, *CDT*, vol. 10, nº 1, 2018, págs. 213-232.

<sup>27</sup> JUÁREZ PÉREZ, P., *Orden social y litigios internacionales: competencia judicial internacional*, Comares, Granada, 2002, pág. 120.

<sup>28</sup> STSJ de C. Valenciana, de 13 de abril de 2010, FD Segundo, JUR 2010\218501.

<sup>29</sup> Según el TJUE, “...el trabajo realizado por un trabajador por cuenta ajena en instalaciones fijas o flotantes

habitualmente su trabajo o el último lugar en el que lo haya desempeñado<sup>29</sup>. Y, en el caso en el que haya desarrollado su actividad laboral en varios Estados, el tribunal competente vendrá determinado por el lugar del establecimiento del empresario que haya empleado al trabajador. El artículo 21.1.b) regula el foro especial por razón de la materia.

#### *A. Foro general del domicilio del demandado (art. 21.1.a)*

Para saber si el domicilio del demandado se ubica en el territorio de un Estado europeo debemos acudir a los artículos 62 y 63 del Reglamento. El primero de ellos, dedicado a la determinación del domicilio de las personas físicas, indica que, para ello, para conocer su domicilio, el órgano jurisdiccional deberá aplicar la ley interna del Estado en cuestión. Esta norma resolverá la duda sobre si la persona física demandada tiene su domicilio en ese Estado miembro pero no indicará, si no lo tiene ahí, en qué otro país se halla, porque eso lo debe determinar el Derecho de dicho Estado.

Si el demandado es persona jurídica, el artículo 63 indica que su domicilio estará ubicado en la Unión Europea si se encuentra en un Estado miembro su sede social, su administración central o su centro de actividad principal. Como vemos, en este caso, tratándose el demandado de una persona jurídica, el legislador ofrece un concepto material y no remite a la ley interna del Estado en cuestión. Además, esta definición incluye tres conceptos, de manera que, la persona jurídica estará domiciliada, a estos efectos, en cualquiera de los Estados miembros en los que posea alguno de estos elementos. Dándose la posibilidad, en consecuencia, de que tenga hasta tres domicilios en la Unión Europea cuando estos tres conceptos se hallan en tres Estados miembros distintos.

En el escenario planteado antes, en el que son varios los Estados con competencia por el foro general del domicilio del demandado y, también, en aquel en el que concurren el foro general y el especial, es en los que podría entrar en juego la herramienta de la litispendencia, ya mencionada, para evitar que dos, o más, órganos jurisdiccionales conozcan del mismo y pueda haber resoluciones inconciliables sobre el mismo asunto en la Unión Europea. Como ya se adelantó, la litispendencia sólo puede ser alegada a instancia de parte, por el demandado en el proceso, y, con ella, el tribunal que finalmente resolverá el fondo del asunto y dictará sentencia será, con carácter general, el que primero haya empezado a conocer del caso (art. 29)<sup>30</sup>.

---

*situadas en o sobre la plataforma continental adyacente a un Estado contratante, en el marco de la exploración y/o explotación de sus recursos naturales, debe considerarse un trabajo realizado en el territorio de dicho Estado a los efectos de la aplicación del artículo 5, número 1, del Convenio de Bruselas” (STJCE de 27 de febrero de 2002, Weber, C-37/00, ECLI:EU:C:2002:122, apartado 36).*

<sup>30</sup> Para saber cuándo el órgano jurisdiccional ha empezado a conocer del caso, el artículo 32 establece que, “1. A efectos de la presente sección, se considerará que un órgano jurisdiccional conoce de un litigio:

a) desde el momento en que se le presente el escrito de demanda o documento equivalente, a condición de que posteriormente el demandante no deje de tomar todas las medidas que se le exijan para que se entregue al demandado la cédula de emplazamiento, o b) si dicho documento ha de notificarse al demandado antes de su presentación al órgano jurisdiccional, en el momento en que lo reciba la autoridad encargada de la notificación, a condición de

En los supuestos en los que el trabajador ha sido contratado por una filial de una empresa matriz, el domicilio del demandado debe ser el de la sociedad filial. Recordemos, en este punto, que la filial tiene independencia jurídica de la matriz y, por tanto, su domicilio es el que habría que tener en cuenta a estos efectos<sup>31</sup>.

*que posteriormente el demandante no deje de tomar todas las medidas que se le exijan para presentar el documento al órgano jurisdiccional. La autoridad encargada de la notificación a que se refiere la letra b) será la primera autoridad que reciba los documentos que deban notificarse. 2. Los órganos jurisdiccionales, o las autoridades encargadas de la notificación, a que se refiere el apartado 1, consignarán, respectivamente, la fecha de presentación del escrito de demanda o documento equivalente o la fecha de recepción de los documentos que deban notificarse”.*

<sup>31</sup> STSJ de Islas Baleares, de 26 de noviembre de 2002, AS 2003\777. Según esta sentencia, “*El criterio del juzgador, –que implicaría la competencia de los tribunales de la sede de la sociedad matriz para todo litigio promovido por cualquier trabajador empleado en alguna empresa del grupo, por muy difundido territorialmente que éste estuviere–, no puede asumirse. La nota que caracteriza al grupo de empresas consiste, justamente, en la dirección unitaria de una pluralidad de entidades dotadas de personalidad jurídica propia e individualizada. La disposición adicional cuarta de la Ley 22/1992, de 30 de julio ( RCL 1992, 1739 ), califica en este sentido de «pertenecientes a un mismo grupo las empresas que constituyan una unidad de decisión porque cualquiera de ellas controla directa o indirectamente a las demás», control de una empresa dominada por otra dominante que existe «cuando se encuentre en alguno de los casos del apartado 1 del art. 42 del Código de Comercio ( LEG 1885, 21 )». Pero, como señala jurisprudencia reiterada ( SSTS de 8 de octubre de 1987 [ RJ 1987, 6973 ], 12 de julio de 1988 [ RJ 1988, 5802 ], 24 de julio de 1989 [ RJ 1989, 5908 ], 30 de enero [ RJ 1990, 233 ], 3 de mayo [ RJ 1990, 3946 ] y 26 de noviembre de 1990 [ RJ 1990, 8605 ] y 30 de junio de 1993 [ RJ 1993, 4939 ], entre otras), la simple existencia de un grupo de empresas no basta para generalizar la posición empresarial a todas las sociedades que integran el grupo o para extender a todas ellas la responsabilidad del cumplimiento de las obligaciones laborales, ya que, en palabras de la STS de 30 de junio de 1993, «desde el punto de vista jurídico formal los componentes del grupo tienen en principio un ámbito de responsabilidad propio como personas jurídicas independientes que son». La extensión de la posición de empresario a otras sociedades del grupo distintas del empleador formal exige la conjunción de elementos adicionales. La STS de 26 de enero de 1998 ( RJ 1998, 1062 ), seguida por las de 21 de diciembre de 2000 ( RJ 2001, 1870 ), 26 de septiembre ( RJ 2002, 1270 ) y 26 de diciembre de 2001 ( RJ 2002, 5292 ) y 23 de enero de 2002 ( RJ 2002, 2695 ), sintetiza la doctrina jurisprudencial al respecto indicando como tales los siguientes: «1) Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo ( SS. de 6 de mayo de 1981 [ RJ 1981, 2103 ], 8 de octubre de 1987 [ RJ 1987, 6973 ] ). 2) Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, en favor de varias de las empresas del grupo ( SS. 4 de marzo de 1985 [ RJ 1985, 1270 ] y 7 de diciembre de 1987 [ RJ 1987, 8851 ] ). 3) Creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales ( SS. 11 de diciembre de 1985 [ RJ 1985, 6094 ], 3 de marzo de 1987 [ RJ 1987, 1321 ], 8 de junio de 1988 [ RJ 1988, 5256 ], 12 de julio de 1988 [ RJ 1988, 5802 ] y 24 de julio de 1989 [ RJ 1989, 5908 ] ). 4) Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección ( SS. de 19 de noviembre de 1990 [ RJ 1990, 8583 ] y 30 de junio de 1993 [ RJ 1993, 4939 ] ). Y todo ello teniendo en cuenta que, salvo supuestos especiales, los fenómenos de circulación del trabajador dentro de las empresas del mismo grupo no persiguen una interposición ilícita en el contrato para ocultar al empresario real, sino que obedecen a razones técnicas y organizativas derivadas de la división del trabajo dentro del grupo de empresas; práctica de lícita apariencia, siempre que se establezcan las garantías necesarias para el trabajador, con aplicación analógica del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores ( RCL 1995, 997 ) ( SS. de 26 de noviembre de 1990 [ RJ 1990, 8605 ] y 30 de junio de 1993 que, expresamente, la invoca).» En definitiva, los grupos empresariales constituyen, actualmente, una realidad económica legítima y jurídicamente reconocida, que no borra la personalidad singular de las entidades que los componen, de modo que cada cual es, en principio, único titular de los derechos y responsable único de las obligaciones que nacen de las relaciones jurídicas en las que son parte. Por excepción, sólo está justificado atribuir condición unitaria en el ámbito laboral a las empresas del grupo en los supuestos de utilización abusiva y fraudulenta de la forma jurídica societaria*

Por otro lado, cuando se trate de trabajadores que prestan sus servicios para la Administración española en el extranjero, los tribunales competentes por el foro general del domicilio del demandado serán los españoles cuando el litigio es contra el empleador. Territorialmente, el órgano jurisdiccional nacional competente será “*para los trabajadores que presten servicios en el extranjero, en que será juzgado competente el del domicilio de la Administración pública demandada*”<sup>32</sup>.

Si el empresario demandado no tiene domicilio en la Unión Europea pero posee una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en territorio europeo, se le podrá demandar, por este foro, ante los tribunales de este Estado miembro cuando el objeto del litigio se refiera a la explotación de ese establecimiento (art. 20.2). En este sentido, “*47. Además, para garantizar la continuidad entre ese Reglamento y el Convenio de Bruselas, los conceptos de «sucursal», «agencia» y «cualquier otro establecimiento» que figuran en ambos deben interpretarse con arreglo a los criterios establecidos por el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia sobre el artículo 5, apartado 5, del Convenio de Bruselas, que contiene los mismos conceptos y establece las reglas de competencia especial de los litigios referentes a la explotación de un establecimiento secundario de una empresa. Además, esa disposición se encuentra reproducida literalmente en el artículo 5, apartado 5, del Reglamento n° 44/2001. 48. Al interpretar dichos conceptos de «sucursal», «agencia» y «cualquier otro establecimiento», el Tribunal de Justicia ha establecido dos criterios que determinan si una acción judicial relativa a la explotación de una de esas categorías de establecimiento está relacionada con un Estado miembro. En primer lugar, el concepto de «sucursal», «agencia» y «cualquier otro establecimiento» presupone la existencia de un centro de operaciones que se manifiesta de modo duradero hacia el exterior como la prolongación de una casa matriz. Ese centro debe estar dotado de una dirección y materialmente equipado para poder negociar con terceros que, de ese modo, quedan dispensados de dirigirse directamente a la casa matriz (véase la sentencia de 18 de marzo de 1981, *Blanckaert & Willems*, 139/80, Rec. p. I-819, apartado 11). En segundo lugar, el litigio debe referirse bien a actos relativos a la explotación de dichas entidades, bien a obligaciones contraídas por éstas en nombre de la casa matriz, cuando esas obligaciones deban cumplirse en el Estado en que se encuentren tales entidades (véase, en este sentido, la sentencia *Somafer*, antes citada, apartado 13)”<sup>33</sup>. Teniendo en cuenta esta definición, el Tribunal de Justicia considera que las Embajadas y Consulados son establecimientos en el sentido del*

---

*en perjuicio del trabajador; cuando en la práctica existe entre ellas funcionamiento indiferenciado y confusión de elementos personales y patrimoniales, sin respetar la línea de separación que comporta la respectiva personalidad jurídica de cada una*” (FD Segundo).

En el mismo sentido, y con las mismas palabras, se pronuncia también la STSJ de Islas Baleares, de 24 de octubre de 2002, AS 2003\595, FD Segundo.

<sup>32</sup> Artículo 10.1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, BOE núm. 245, de 11 octubre 2011.

*Vid.*, en este sentido, BELLINTXON MARTÍN, U., “El foro del domicilio del empleador en los contratos internacionales de trabajo. Un apunte sobre la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 17 de abril de 2020”, *CDT*, vol. 13, n° 1, 2021, págs. 725-731.

<sup>33</sup> STJUE de 19 de julio de 2012, *Mahamdia*, C-154/11, ECLI:EU:C:2012:491.

artículo 20.2 del Reglamento 1215/2012, cuando las funciones de los trabajadores están relacionadas con la actividad de gestión de la Embajada –actos *iure gestionis*–<sup>34</sup>.

### *B. Foro especial por razón de la materia (art. 21.1.b)*

Recordamos que, conforme al foro especial, los tribunales competentes para conocer de las demandas planteadas contra el empresario son los del lugar del Estado miembro en el que, o desde el que, el trabajador desarrolle habitualmente la actividad o los del último lugar en el que haya desempeñado su trabajo (art. 21.1.b.i). Y, en el caso de que el trabajador no haya desarrollado su actividad en un solo Estado, los órganos jurisdiccionales competentes serán los del lugar del Estado en el que se encuentre el establecimiento del empresario que lo haya empleado (art. 21.1.b.ii).

En relación con el foro especial, es importante destacar que permite concretar el tribunal territorialmente competente en el caso. Así es, el legislador habla del órgano jurisdiccional del lugar correspondiente y, por tanto, está indicando el concreto tribunal del Estado miembro que será el competente en el asunto. El foro general, en cambio, conduce al Estado miembro con la competencia y no permite concretar más. Serán las normas procesales del Estado en cuestión las que determinen qué concreto órgano jurisdiccional de ese país será el que deba conocer del caso en cuestión<sup>35</sup>. Otra característica

---

Como vemos, existe una relación estrecha entre el artículo 20.2 y el foro de establecimientos secundarios del artículo 7.5 del Reglamento. Este último, además, como ya se ha mencionado, puede ser aplicado en relación con los contratos de trabajo, como excepción a la exclusividad de los foros de la Sección 5 para esta materia (art. 20.1). De esta manera, el artículo 7.5 se podrá utilizar cuando el demandado tenga su domicilio en la UE y se le demande por la explotación de un establecimiento secundario ante los tribunales del lugar de situación de dicho establecimiento. El foro del artículo 20.2 se utilizará cuando el empresario demandado no tenga domicilio en la UE pero sí tenga una sucursal, agencia u otro establecimiento y se le demande por el foro general ante los tribunales del Estado miembro en el que se encuentre este establecimiento en litigios que surjan de la explotación del mismo. Al final, el resultado que ofrecen ambos foros es similar, que el demandado, tenga o no su domicilio en la UE, podrá serlo ante los tribunales del Estado en el que se ubique el establecimiento secundario cuando la controversia verse sobre la explotación del mismo, si bien, por el foro del artículo 7.5 se puede concretar el tribunal territorialmente competente en el caso y, el foro del artículo 20.2, al ser el del domicilio del demandado, sólo nos indica el Estado con la competencia en el asunto y no así el concreto órgano jurisdiccional de ese Estado con la competencia en el asunto.

<sup>34</sup> STJUE de 19 de julio de 2012, *Mahamdia*, C-154/11, ECLI:EU:C:2012:491, apartado 52. En este asunto, se trataba de la Embajada de Argelia en Berlín.

*Vid.*, también, STJUE de 3 de junio de 2021, *República de Bulgaria*, C-280/20, ECLI:EU:C:2021:443, apartado 36, en relación con el Consulado general de Bulgaria en España.

<sup>35</sup> El artículo 10.1 de la Ley 36/2011, reguladora de la jurisdicción social indica, en relación con la competencia territorial de los Juzgados de Social, que “*Con carácter general será juzgado competente el del lugar de prestación de los servicios o el del domicilio del demandado, a elección del demandante. Si los servicios se prestaran en lugares de distintas circunscripciones territoriales, el trabajador podrá elegir entre aquél de ellos en que tenga su domicilio, el del contrato, si hallándose en él el demandado pudiera ser citado, o el del domicilio del demandado. En el caso de que sean varios los demandados, y se optare por el fuero del domicilio, el actor podrá elegir el de cualquiera de los demandados. En las demandas contra las Administraciones públicas empleadoras será juzgado*

del foro especial es que, para que opere, es necesario que conduzca a un Estado miembro distinto al del domicilio del demandado. Así lo deja meridianamente claro el artículo 21.1.b) cuando, después del foro general de la letra a) y como alternativa al mismo, establece que el empresario podrá ser demandado, *en otro Estado miembro* distinto al del domicilio del demandado, ante los tribunales a los que conduzca el foro especial. Y esta es la tercera característica del foro especial, que, para que opere, el demandado debe tener su domicilio en la UE. Si bien, en los contratos de trabajo, como ya se ha explicado, el artículo 21.2 del Reglamento permite demandar al empresario no domiciliado en la Unión Europea ante los tribunales que indica el foro especial.

Los foros del artículo 21.1.b) deben ser interpretados de manera autónoma y, en concreto, “el lugar en el que el trabajador desempeñe habitualmente su trabajo”, también, de forma amplia para proteger al trabajador<sup>36</sup>. En este sentido, el Tribunal de Justicia asimila el lugar de prestación habitual con el lugar de prestación principal de la actividad laboral<sup>37</sup>. Por lo tanto, este foro se aplicará, no sólo cuando haya un único Estado de prestación del trabajo, sino, también, cuando sean varios y se pueda identificar uno de ellos como aquel en el que desarrolla la actividad principal. Para determinar cuál es ese lugar de prestación principal, se ha de tener en cuenta la existencia de un centro efectivo de actividades profesionales, el cual, se identificará con el lugar en el que el trabajador pase la mayor parte de su tiempo<sup>38</sup>.

---

*competente el del lugar de prestación de los servicios o el del domicilio del demandante, a elección de éste; salvo para los trabajadores que presten servicios en el extranjero, en que será juzgado competente el del domicilio de la Administración pública demandada” (Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, BOE núm. 245, de 11 octubre 2011).*

<sup>36</sup> STJUE de 14 de septiembre de 2017, *Nogueira*, C-168/19 y C-169/19, ECLI:EU:C:2017:688, apartados 48 y 57; STJUE de 10 de septiembre de 2015, *Holterman Ferho Exploitatie y otros*, C-47/14, CLI:EU:C:2015:574, apartado 37; STJUE de 12 de septiembre de 2013, *Schlecker*, C-64/12, ECLI:EU:C:2013:551, apartado 31.

*Vid.*, también, CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Contrato internacional de trabajo” en CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo III, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2ª ed., 2022, pág. 3535; IRIARTE ÁNGEL, J.L., “La precisión del lugar habitual de trabajo como foro de competencia y punto de conexión en los Reglamentos europeos”, *CDT*, vol. 10, nº 2, 2018, págs. 477-496.

<sup>37</sup> CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Contrato internacional de trabajo” en CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo III, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2ª ed., 2022, pág. 3535.

La jurisprudencia interpreta el lugar de prestación habitual con el lugar en el que se cumple de hecho lo esencial de las obligaciones (STJUE de 25 de febrero de 2021, *BUVS. Markt24*, C-804/19, ECLI:EU:C:2021:134, apartado 40; STJUE de 14 de septiembre de 2017, *Nogueira*, C-168/19 y C-169/19, ECLI:EU:C:2017:688, apartado 59; STJCE de 27 de febrero de 2002, *Weber*, C-37/00, ECLI:EU:C:2002:122, apartado 49; STJCE de 9 de enero de 1997, *Rutten*, C-383/95, ECLI:EU:C:1997:7, apartado 23).

<sup>38</sup> STJCE de 9 de enero de 1997, *Rutten*, C-383/95, ECLI:EU:C:1997:7, apartados 23 y 25; STJCE de 27 de febrero de 2002, *Weber*, C-37/00, ECLI:EU:C:2002:122, apartado 44.

En la sentencia del caso *Rutten*, el Tribunal concluye que, “*Para la determinación concreta de dicho lugar, que compete al órgano jurisdiccional nacional, en función de los elementos de hecho del caso de que conozca, hay que tener en cuenta la circunstancia, señalada en el litigio principal, de que el trabajador ha ejercido cerca de dos tercios de sus actividades profesionales en un Estado contratante —el resto de su prestaciones laborales lo efectuó en*

El foro del último lugar en el que el trabajador ha desempeñado la actividad laboral sólo puede operar cuando, en el momento de presentación de la demanda, el empleado ya no trabaja para el empresario al que demanda<sup>39</sup>.

Por último, cuando el trabajador desempeña la actividad laboral en varios Estados y no puede identificarse ninguno de ellos como el lugar de prestación principal, el foro del artículo 21.1.b).ii) indica que los tribunales competentes son los del lugar del Estado miembro en el que se encuentre el establecimiento del empresario que haya empleado al trabajador. Ese lugar es difícil de determinar. Parece aceptado que será aquel en el que se haya contactado al trabajador, el cual no tiene por qué coincidir con el lugar en el que se firme el contrato o con el Estado en que se presten los servicios o con el del domicilio o establecimiento del empresario<sup>40</sup>. Por establecimiento se puede entender “*toda organización de recursos humanos y materiales por parte del empleador con cierto ánimo de permanencia en el marco de la cual se desarrolla la relación laboral*”<sup>41</sup>. Para determinar la ley aplicable a la relación jurídica, el Reglamento Roma I, que estudiaremos más adelante, utiliza una conexión similar a este foro del lugar del establecimiento que haya empleado al trabajador<sup>42</sup>. Esta conexión es el Estado del establecimiento que haya contratado al empleado. Tomando como referencia el Considerando 17 del Reglamento Roma I, los conceptos comunes que existan en la norma europea de competencia judicial internacional y en el propio Reglamento Roma I deberían ser interpretados de manera similar. Por esta razón, nos remitimos a la interpretación del concepto que ha ofrecido la jurisprudencia y la doctrina en el marco de la norma de conflicto, y que se expone en el apartado correspondiente del trabajo.

### 3.2.4. Foros cuando el trabajador es el demandado (art. 22)

#### A. Foro general del domicilio del demandado

En estos supuestos se encuentra la mayor distinción de la regulación en materia de contrato individual de trabajo. Efectivamente, en estos casos, cuando el trabajador es el demandado, los únicos tribunales competentes, salvo que haya acuerdo válido de las partes,

---

*varios países diferentes— y que posee en dicho Estado contratante un despacho desde el cual organizó su trabajo por cuenta de la empresa y al que regresaba después de cada desplazamiento profesional al extranjero*” (apartado 25).

<sup>39</sup> CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Contrato internacional de trabajo” en CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo III, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2ª ed., 2022, pág. 3536.

<sup>40</sup> CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Contrato internacional de trabajo” en CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo III, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2ª ed., 2022, pág. 3537.

<sup>41</sup> ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., *La relación laboral internacional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pág. 473.

<sup>42</sup> Reglamento (CE) n° 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, del 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), DOUE L177, de 4 de julio de 2008.

son los del domicilio del empleado (art. 22); y siempre que no estemos ante un desplazamiento temporal y sea aplicable la Directiva 96/71/CE. Por tanto, si el empresario es quien demanda, el trabajador puede disponer que se le demande ante los tribunales de su domicilio; basta para ello con que no acuerde órganos jurisdiccionales competentes con el empresario.

En estos casos, también, la determinación del domicilio del demandado se encuentra en el artículo 62 del Reglamento, si es persona física. Tal como ya se ha explicado, este precepto remite a la ley interna para conocer si el demandado tiene su domicilio en ese Estado. Si los tribunales ante los que se ha interpuesto la demanda son españoles, el artículo 40 del CC será el precepto que deba aplicar el órgano jurisdiccional para saber si el demandado tiene su domicilio en España.

El artículo 40 CC estipula que el domicilio de la persona física es su residencia habitual. Surge, entonces, otra pregunta de manera espontánea, relativa a la definición de residencia habitual. En este sentido, el Tribunal Supremo español considera que este concepto fáctico de residencia habitual debe reunir dos elementos, uno objetivo y otro subjetivo<sup>44</sup>. El primero de ellos alude al tiempo de estancia del sujeto en España, un tiempo que el órgano jurisdiccional debe considerar suficiente para entender que concurre la habitualidad. No es un tiempo tasado, como el de 183 días al año a efectos fiscales, es un tiempo que el juez debe valorar de manera discrecional<sup>45</sup>. El segundo, el elemento subjetivo tiene que ver con la intención de seguir residiendo en España –*animus manendi*–. Cuestión que puede probarse con el pago de los recibos de luz y agua de la vivienda situada en España, con la matrícula del colegio de los hijos en nuestro país o con el contrato de trabajo que le vincula a este Estado, por ejemplo.

El artículo 22.1 remite al órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que el empleado tenga su domicilio. Por el tenor literal del precepto parece que se trata de un foro de competencia territorial, que indica el concreto tribunal territorialmente compe-

---

<sup>44</sup> Vid., entre otras, STS de 13 de julio de 1996, *RJ 1996\5583*; STS de 22 de marzo de 2001, *RJ 2001\4756*; RDGRN de 22 de febrero de 1996, *RJ 1996\3386*.

<sup>45</sup> El artículo 9.1 de la Ley del Impuesto sobre la renta de las personas física establece que, “*Se entenderá que el contribuyente tiene su residencia habitual en territorio español cuando se dé cualquiera de las siguientes circunstancias: a) Que permanezca más de 183 días, durante el año natural, en territorio español. Para determinar este período de permanencia en territorio español se computarán las ausencias esporádicas, salvo que el contribuyente acredite su residencia fiscal en otro país. En el supuesto de países o territorios considerados como paraíso fiscal, la Administración tributaria podrá exigir que se pruebe la permanencia en éste durante 183 días en el año natural. Para determinar el período de permanencia al que se refiere el párrafo anterior, no se computarán las estancias temporales en España que sean consecuencia de las obligaciones contraídas en acuerdos de colaboración cultural o humanitaria, a título gratuito, con las Administraciones públicas españolas; b) Que radique en España el núcleo principal o la base de sus actividades o intereses económicos, de forma directa o indirecta. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que el contribuyente tiene su residencia habitual en territorio español cuando, de acuerdo con los criterios anteriores, resida habitualmente en España el cónyuge no separado legalmente y los hijos menores de edad que dependan de aquél*” (Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, BOE núm. 285, de 29 de noviembre de 2006).

tente, a diferencia del foro general del domicilio del demandado del artículo 4 del Reglamento, que alude a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del domicilio del demandado, o al foro general del artículo 21.1.a), cuando el demandado es el empresario<sup>46</sup>.

### B. Reconvención

El artículo 22.2 del Reglamento permite que el empresario presente una reconvención ante los tribunales que están conociendo de la demanda principal interpuesta por el trabajador contra él. De esta manera, se respeta que los tribunales competentes sean los elegidos por el empleado por considerarlos los más favorables a sus intereses. Ante ellos, el empresario podría presentar una reconvención frente al trabajador.

*“Por lo que respecta al concepto de «reconvención», que no se define en el artículo 20, apartado 2, del Reglamento n.º 44/2001, es preciso, atendiendo a lo recordado en el apartado 26 de la presente sentencia, tener en cuenta el concepto de «reconvención» que figura en el artículo 6, punto 3, del Reglamento n.º 44/2001, tal como ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia. En efecto, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que el foro especial en materia de reconvención permite a las partes, en interés de una buena administración de la justicia, que se resuelva en el mismo procedimiento y ante el mismo juez acerca de todas sus pretensiones recíprocas que tienen un origen común. De este modo, se evitan múltiples y superfluos procedimientos (sentencia de 12 de octubre de 2016, Kostanjevec, C-185/15, EU:C:2016:763, apartado 37)”<sup>47</sup>.*

La reconvención, situada en el precepto dedicado a los foros a utilizar por el empresario cuando demanda al trabajador, parece que puede ser utilizada, también, por este último<sup>48</sup>. Así lo afirma el TJUE cuando establece que *“una buena administración de justicia implicaría que tanto el trabajador como el empresario tuvieran la facultad de invocar el artículo 6, número 1, del Reglamento, como sucede en el supuesto de la reconvención”<sup>49</sup>.*

## 4. Competencia judicial internacional: art. 25 LOPJ

La Ley Orgánica del Poder Judicial será aplicada por los tribunales españoles para saber si son competentes en el caso en cuestión en los supuestos en los que el Reglamento Bruselas I bis no sea aplicable.

<sup>46</sup> CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Contrato internacional de trabajo” en CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo III, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2ª ed., 2022, págs. 3540-3541.

<sup>47</sup> STJUE de 21 de junio de 2018, *Petronas*, C-1/17, ECLI:EU:C:2018:478, apartado 29. *Vid.*, ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., “La reconvención en los litigios sobre contratos internacionales de trabajo. (Comentario a la STJUE de 21 de junio de 2018, asunto C-1/17, *Petronas Lubricants Italy*)”, *CDT*, vol. 11, nº 2, 2019, págs. 604-615.

<sup>48</sup> ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., *La relación laboral internacional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pág. 503.

<sup>49</sup> STJUE de 22 de mayo de 2008, *Glaxosmithkline*, C-462/06, ECLI:EU:C:2008:299, apartado 29.

Estos asuntos en los que los órganos jurisdiccionales españoles tendrán en cuenta la norma de producción interna en materia de competencia judicial internacional son aquellos en los que el trabajador demandado no tiene su domicilio en la Unión Europea. En este escenario, los foros que ofrece la LOPJ a los tribunales españoles son “*En materia de derechos y obligaciones derivados de contrato de trabajo, cuando los servicios se hayan prestado en España o el contrato se haya celebrado en territorio español; cuando el demandado tenga su domicilio en territorio español o una agencia, sucursal, delegación o cualquier otra representación en España; cuando el trabajador y el empresario tengan nacionalidad española, cualquiera que sea el lugar de prestación de los servicios o de celebración del contrato; y, además, en el caso de contrato de embarque, si el contrato fue precedido de oferta recibida en España por trabajador español*” (art. 25 LOPJ)<sup>50</sup>. De todos ellos, el único que no podría concurrir sería aquel que conduce a España por tener en nuestro país el demandado su domicilio. En este caso, si el domicilio del demandado se ubica en España, los órganos jurisdiccionales españoles serían competentes por el foro del domicilio del demandado, pero no de la LOPJ sino del Reglamento 1215/2012.

## 5. Ley aplicable: Reglamento 583/2008

El Reglamento 583/2008, conocido como Reglamento Roma I, es la norma europea más importante en materia de ley aplicable a las obligaciones contractuales. Esta norma se encuentra en vigor en el ordenamiento de todos los Estados miembros de la Unión Europea, con excepción de Dinamarca –ámbito de aplicación espacial–, y se aplica a los contratos –ámbito de aplicación material– que se hayan celebrado a partir del 17 de diciembre de 2009 –ámbito de aplicación temporal–<sup>51</sup>.

El Reglamento 583/2008 regula, en el artículo 8, la ley rectora del contrato individual de trabajo. Este precepto constituye una estipulación particular y separada de la general en materia de obligaciones contractuales<sup>52</sup>. La regulación general se ubica en los artículos 3 y 4, fundamentalmente, y la concretamente aplicable al contrato individual de trabajo se encuentra en este precepto mencionado.

---

<sup>50</sup> La LOPJ no admite que las partes puedan elegir los tribunales españoles como competentes en estos asuntos relativos a los contratos de trabajo, ni siquiera aunque ello beneficie al trabajador. Regulación criticable por no estar alineada con la prevista a nivel europeo (ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., *La relación laboral internacional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pág. 455).

<sup>51</sup> El ámbito de aplicación personal de la norma es erga omnes, se aplica, por tanto, independientemente de la vinculación personal que tengan las partes con los Estados contratantes de la norma.

<sup>52</sup> STJUE de 12 de septiembre de 2013, *Boedeker*, C-64/12, ECLI:EU:C:2013:551, apartado 22; STJUE de 15 de marzo de 2011, *Koelzsch*, C-29/10, ECLI:EU:C:2011:151, apartado 34; STJUE de 15 de diciembre de 2011, *Voogsgeerd vs. Navimer*, C-384/10, ECLI:EU:C:2011:842, apartado 24. *Vid.*, en relación con esta última sentencia, MAESTRE CASAS, P., “El contrato de trabajo de marinos a bordo de buques mercantes (A propósito de la STJUE de 15 diciembre 2011, Jan Voogsgeerd y Navimer S.A., As. C-384/10)”, *CDT*, vol. 4, nº 2, 2012, págs. 322-341.

El contenido de este artículo 8 no se aparta de la regulación de competencia judicial internacional en esta materia, haciendo, con ello, que la coincidencia entre el fórum y el ius sea muy probable. Así es, los puntos de conexión del Reglamento Roma I y los foros del Reglamento Bruselas I bis, coinciden en el contenido y en el orden en el que han de ser observados. Al ser similares, el Estado competente coincidirá con el ordenamiento aplicable y, en consecuencia, los jueces con competencia aplicarán la ley propia para resolver los casos planteados ante ellos. Esta coincidencia, buscada por el legislador, reduce los casos en los que el órgano jurisdiccional competente deba aplicar Derecho extranjero al fondo del asunto.

La aplicación de la norma de conflicto correspondiente al contrato individual de trabajo puede suponer que los trabajadores de una misma empresa tengan condiciones laborales distintas, las previstas en las diferentes leyes que rijan sus respectivos contratos laborales. Sin embargo, si el empresario es la Administración pública, el principio de igualdad ante la ley impide que distintos trabajadores que desempeñan funciones similares tengan condiciones laborales distintas, todos los contratos deben regirse por la misma ley o, al menos, siéndoles aplicables leyes diferentes, deben conceder todas ellas la misma protección al empleado<sup>53</sup>.

### 5.1. Punto de conexión de la autonomía de la voluntad (art. 8.1)

Este punto de conexión se ubica por encima de los demás, es jerárquicamente superior al resto. Así, si existe acuerdo de elección de ley por las partes, y ese pacto es válido en virtud del artículo 3 del Reglamento Roma I, el Derecho escogido por ellas será el rector del contrato<sup>54</sup>. Además, el Reglamento tiene carácter universal, lo que supone que la ley aplicable en virtud del mismo puede ser la de cualquier Estado, sin necesidad de que se trate de un país contratante de la norma (art. 20).

---

<sup>53</sup> STC 34/2004, de 8 de marzo de 2004, RTC 2004\34. En el caso, se trataba de un auxiliar administrativo de nacionalidad española que prestaba servicios en la Oficina comercial de España en Belgrado y cobraba un salario muy inferior al de otras dos auxiliares administrativas de nacionalidad yugoslava. La razón de la diferencia de sueldo era la ley aplicable al contrato de trabajo. El TC entiende que esta diferencia de retribución carece de una justificación razonable y objetiva (FD 5). El Tribunal afirma que “cuando la empleadora es la Administración pública, ésta no se rige en sus relaciones jurídicas por el principio de la autonomía de la voluntad, sino que debe actuar con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (art. 103.1 CE), con interdicción expresa de la arbitrariedad (art. 9.3 CE). Como poder público que es, está sujeta al principio de igualdad ante la Ley que concede a las personas el derecho subjetivo de alcanzar de los poderes públicos un trato igual para supuestos iguales ( SSTC 161/1991, de 18 de junio [ RTC 1991, 161 ], F. 1; y 2/1998, de 12 de enero [ RTC 1998, 2 ], F. 3)” (FD. 3). Y concluye que “En definitiva, pues, la diferencia retributiva alegada por el demandante de amparo respecto de otras trabajadoras al servicio de idéntica Administración pública, de idéntica categoría y con idéntica prestación de servicios, resulta desprovista de una justificación objetiva y razonable, con vulneración por tanto del art. 14 CE, lo que determina la procedencia del pronunciamiento previsto en el art. 53 a) LOTC ( RCL 1979, 2383 )” (FD 5).

<sup>54</sup> El artículo 3 del Reglamento Roma I regula la elección de la ley aplicable al contrato, elección que puede ser expresa o deducirse claramente de los términos de contrato o de las circunstancias del caso. La ley elegida se aplicará al contrato de manera retroactiva salvo que perjudique los derechos adquiridos por terce-

Siguiendo con el objetivo tuitivo, de protección de la parte débil de la relación jurídica, el legislador de Roma I admite la autonomía de la voluntad, como punto de conexión, pero limita la posibilidad de acuerdo a aquellos supuestos que no perjudiquen al trabajador. De esta manera, las partes pueden elegir la ley aplicable al contrato de trabajo pero ese ordenamiento elegido no puede hacer inaplicable las disposiciones imperativas que beneficien al trabajador de la ley que sería la reguladora si no hubiera habido pacto entre las partes al respecto. Con esta prescripción, el legislador busca que el trabajador no se vea privado de la protección que le brinda el ordenamiento del Estado en el que desempeña su actividad<sup>55</sup>.

La autonomía de la voluntad admitida por el Reglamento Roma I permite que se pueda considerar que concurre cuando el empresario introduce una cláusula de elección de ley en el contrato de trabajo que, posteriormente, acepta el empleado. “*La libertad de elección, en el sentido de esta disposición, puede ejercerse aceptando tal cláusula y no queda puesta en tela de juicio por el mero hecho de que dicha elección se realice sobre la base de una cláusula redactada e insertada por el empresario en el contrato*”<sup>56</sup>.

En relación con las disposiciones imperativas, estas son las que así se consideren conforme a la ley que regiría el contrato de trabajo en defecto de elección por las partes<sup>57</sup>. Entre otras, en principio, las relativas al salario mínimo, las cuales, deberían ser aplicadas si son más beneficiosas para el trabajador que las existentes en la ley aplicable al contrato<sup>58</sup>. En este sentido, el órgano jurisdiccional competente debería identificar cuáles son esas disposiciones que no pueden ser excluidas mediante acuerdo y comparar la regulación que de las mismas existe en la ley elegida por las partes y en la ley que sería aplicable al contrato en defecto de elección. Si de esa comparación se extrae que las disposiciones imperativas de la ley que sería aplicable si no hubiera habido acuerdo de las partes son más beneficiosas para el trabajador que las que existen en el ordenamiento rector, deberán ser aplicadas al empleado y, para el resto de cuestiones relativas al contra-

---

ros o que suponga la nulidad formal del contrato. Por último, las partes pueden elegir la ley aplicable a una parte del contrato siempre que sea separable del resto.

<sup>55</sup> STJUE de 15 de julio de 2021, *Gruber Logistics y Samidani Trans*, asuntos acumulados C-152/20 y C- 218/20, ECLI:EU:C:2021:600, apartado 26; STJUE de 18 de octubre de 2016, *Nikiforidis*, C-135/15, ECLI:EU:C:2016:774, apartado 48; STJUE de 15 de marzo de 2011, *Koelzsch*, C-29/19, ECLI:EU:C:2011:151, apartado 42.

<sup>56</sup> STJUE de 15 de julio de 2021, *Gruber Logistics y Samidani Trans*, asuntos acumulados C-152/20 y C- 218/20, ECLI:EU:C:2021:600, apartado 40.

<sup>57</sup> STJUE de 15 de julio de 2021, *Gruber Logistics y Samidani Trans*, asuntos acumulados C-152/20 y C- 218/20, ECLI:EU:C:2021:600, apartado 29.

<sup>58</sup> STJUE de 15 de julio de 2021, *Gruber Logistics y Samidani Trans*, asuntos acumulados C-152/20 y C- 218/20, ECLI:EU:C:2021:600, apartado 27.

*Vid.*, RODRÍGUEZ RODRIGO, J., “Lugar de trabajo habitual a la luz del artículo 8.2 del Reglamento Roma I. Comentario de la STJUE de 15 julio 2021, asuntos acumulados C-152/20 y C-218/20”, CDT, vol. 14, nº 1, 2022, págs. 858-869; GARDENES SANTIAGO, M., “Derecho imperativo y contrato internacional de trabajo”, *Revista del Ministerio de Empleo y de Seguridad Social*, nº 132, 2017, págs. 171-172.

to de trabajo, seguirá siendo aplicable la ley elegida por las partes<sup>59</sup>. Otra cuestión es la carga de la prueba del carácter imperativo de las disposiciones, que la tiene la parte que lo alega (art. 217 LEC)<sup>60</sup>.

## 5.2. Puntos de conexión subsidiarios (arts. 8.2-8.4)

### 5.2.1. Lugar de prestación habitual del trabajo (art. 8.2)

En defecto de elección de ley por las partes, el contrato de trabajo se regirá por la ley del Estado en el que o, en su defecto, desde el que el trabajador desarrolle su actividad habitualmente en ejecución del contrato –*lex loci laboris*– (art. 8.2). Esta ley será aplicable aún cuando el trabajador preste sus servicios de manera temporal en otro Estado (art. 8.2)<sup>61</sup>. En este sentido, “*la realización del trabajo en otro país se considera temporal cuando se supone que el trabajador va a reanudar su trabajo en el país de origen tras realizar su tarea en el extranjero. La celebración de un nuevo contrato de trabajo con el empleador original o con un empleador que pertenezca al mismo grupo de empresas que el empleador originario no debe excluir que se considere que el trabajador realiza su trabajo en otro país de manera temporal*” (Considerando 36 del Reglamento Roma I).

Para determinar cuál es ese lugar de prestación habitual del trabajo debemos tener en cuenta similares criterios, ya explicados, para hacer lo propio en el marco del Reglamento Bruselas I bis<sup>62</sup>. Así, según indica el Tribunal de Justicia, debe tratarse de un concepto autónomo y, por tanto, no puede ser definido conforme a los Derechos nacionales, y, para ello, “*cuando las prestaciones laborales se ejecutan en más de un Estado miembro, el criterio del país en que se realice habitualmente el trabajo debe interpretarse de modo amplio y entenderse en el sentido de que se refiere al lugar en el cual o a partir del cual el trabajador desempeña efectivamente su actividad profesional y, a falta de centro de actividad, al lugar en el que éste realice la mayor parte de su trabajo*”<sup>63</sup>.

Esta conexión del lugar de prestación habitual del trabajo debe interpretarse en sentido amplio, acudiendo a la ley del lugar del establecimiento que ha contratado al trabajador para los supuestos en los que no pueda determinarse este país en el que se desempeña de manera habitual la actividad laboral<sup>64</sup>.

<sup>59</sup> STJUE de 15 de julio de 2021, *Gruber Logistics y Samidani Trans*, asuntos acumulados C-152/20 y C-218/20, ECLI:EU:C:2021:600, apartados 24 y 27.

<sup>60</sup> STSJ de Madrid, de 13 de febrero de 2006, FD Quinto, AS 2006\859.

<sup>61</sup> STJUE de 15 de marzo de 2011, *Koelzsch*, C-29/19, ECLI:EU:C:2011:151, apartado 46.

<sup>62</sup> CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Contrato internacional de trabajo” en CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo III, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2ª ed., 2022, pág. 3557.

<sup>63</sup> STJUE de 15 de marzo de 2011, *Koelzsch*, C-29/19, ECLI:EU:C:2011:151, apartado 45.

<sup>64</sup> STJUE de 12 de septiembre de 2013, *Boedeker*, C-64/12, ECLI:EU:C:2013:551, apartado 31; STJUE de 15 de marzo de 2011, *Koelzsch*, C-29/10, ECLI:EU:C:2011:151, apartado 43; STJUE de 15 de diciembre de 2011, *Voogsgeerd vs. Navimer*, C-384/10, ECLI:EU:C:2011:842, apartado 35.

### 5.2.2. Lugar del establecimiento que ha contratado al trabajador (8.3)

En segundo lugar, cuando no pueda operar la conexión del artículo 8.2, la ley aplicable será la del país donde se encuentre el establecimiento que haya contratado al trabajador (art. 8.3). Esta conexión presenta mayor claridad que la similar contenida en el Reglamento Bruselas I bis. En este caso, la norma de competencia judicial internacional recoge como foro el lugar del establecimiento que haya empleado al trabajador, dejando sin determinar qué se entiende por *empleado* en este contexto. Sin embargo, en el marco de la norma de conflicto, ese lugar es claro, es el lugar donde se ubique el establecimiento que haya contratado al trabajador. No obstante lo anterior, como ya se ha explicado, debemos tener el mismo concepto a este respecto en ambas normas y, por ello, entenderemos que el establecimiento que ha *empleado* al trabajador es el que le ha *contratado*.

El Tribunal de Justicia considera que ese establecimiento que haya contratado al trabajador debe ser, efectivamente, “*el establecimiento que procedió a contratar al trabajador y no a aquel al que está vinculado por su ocupación efectiva*”<sup>65</sup>. Habrá que tener en cuenta, por tanto, no los elementos relacionados con las modalidades de realización del trabajo, sino los relativos a la conclusión del contrato, como, por ejemplo, el establecimiento que publicó el anuncio de contratación y que realizó la entrevista<sup>66</sup>. De igual modo, el establecimiento que ha contratado al trabajador puede no coincidir con la sede central o principal del empresario; el legislador opta por la *lex loci contractus* y no por la *lex societatis*, a estos efectos<sup>67</sup>.

En cuanto al concepto de establecimiento, se debe entender por tal cualquier estructura estable de la empresa, sin necesidad de que tenga personalidad jurídica<sup>68</sup>. Eso sí, se exige cierta estabilidad a esa unidad de la compañía. De esta manera, la presencia transitoria en otro Estado de un agente que ha sido desplazado para contratar a los trabajadores no se puede considerar establecimiento a estos efectos<sup>69</sup>.

<sup>65</sup> STJUE de 15 de diciembre de 2011, *Voogsgeerd vs. Navimer*, C-384/10, ECLI:EU:C:2011:842, apartado 52.

<sup>66</sup> STJUE de 15 de diciembre de 2011, *Voogsgeerd vs. Navimer*, C-384/10, ECLI:EU:C:2011:842, apartado 50.

<sup>67</sup> FOTINOPOULOU BASURKO, O., *La determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo internacional. Estudio del Convenio de 19 de junio de 1980, hecho en Roma, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales*, Aranzadi, Navarra, 2006, págs. 121-122.

<sup>68</sup> “A este respecto, procede señalar en primer lugar que del tenor de dicha disposición se desprende claramente que ésta no se refiere únicamente a las unidades de actividad de la empresa dotadas de personalidad jurídica, ya que el término «establecimiento» se refiere a todas las estructuras estables de una empresa. En consecuencia, no sólo las filiales y las sucursales, sino también otras unidades, como las oficinas de una empresa, pueden constituir establecimientos en el sentido del artículo 6, apartado 2, letra b), del Convenio de Roma, incluso aunque carezcan de personalidad jurídica” (STJUE de 15 de diciembre de 2011, *Voogsgeerd vs. Navimer*, C-384/10, ECLI:EU:C:2011:842, apartado 54).

<sup>69</sup> STJUE de 15 de diciembre de 2011, *Voogsgeerd vs. Navimer*, C-384/10, ECLI:EU:C:2011:842, apartado 55.

### 5.2.3. Cláusula de escape (art. 8.4)

Por último, si el ordenamiento rector viene determinado por estas conexiones subsidiarias, se podrá utilizar la cláusula de escape del artículo 8.4 para aplicar la ley de otro país que presente vínculos más estrechos. Con la activación de esta cláusula lo que se consigue es *escapar* de la legislación del Estado al que conduce el punto de conexión concurrente porque existe otro Estado distinto que se encuentra más vinculado con el caso que aquel. Esta conexión más estrecha es la que justifica que se aplique la legislación de este Estado en detrimento de la del país al que conduce el artículo 8.2 u 8.3 aplicable. La cláusula de escape se utiliza, por ejemplo, en casos de trabajos desarrollados a bordo buques o aeronaves, que enarbolan pabellones de conveniencia. En estos supuestos, puede no existir vinculación real entre la bandera del buque y el lugar de desempeño habitual de los servicios, lo cual haría que se activara la cláusula de escape para aplicar la ley del país más vinculado con el contrato de trabajo<sup>70</sup>.

El órgano jurisdiccional competente deberá determinar si se aplica la cláusula de escape y será, también, quien pruebe, si es el caso, la vinculación más estrecha con el Estado en cuestión<sup>71</sup>. Para ello, deberá tener en cuenta todas las circunstancias de la relación contractual y deberá ponderarlas, no en número y sí según su importancia. De este modo, se considerarán elementos significativos, entre otros, el país en el que el trabajador paga sus impuestos y aquel en el que está afiliado a la Seguridad Social y al régimen de jubilación, seguro por enfermedad o invalidez<sup>72</sup>.

La ley del Estado que presenta los vínculos más estrechos no tiene por qué ser, también, la ley más favorable para el trabajador<sup>73</sup>. Efectivamente, se trata ésta, la cláusula de escape, de una conexión de carácter conflictual y no material<sup>74</sup>.

---

<sup>70</sup> STSJ de Canarias, de 9 de noviembre de 2006, JUR 2007\69053, FD. Único; STSJ de Canarias, de 7 de marzo de 2005, JUR 2005\105359, FD Cuarto.

<sup>71</sup> STJUE de 12 de septiembre de 2013, *Boedeker*, C-64/12, ECLI:EU:C:2013:551, apartado 30.

<sup>72</sup> STJUE de 12 de septiembre de 2013, *Schlecker*, C-64/12, ECLI:EU:C:2013:551, apartados 40 y 41; STJUE de 12 de septiembre de 2013, *Boedeker*, C-64/12, ECLI:EU:C:2013:551, apartado 41. Según esta última sentencia, “*De las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 2, del Convenio de Roma debe interpretarse en el sentido de que, incluso en el supuesto de que el trabajador realice el trabajo objeto del contrato de trabajo de modo habitual, durante un largo período y sin interrupción en el mismo país, el juez nacional puede descartar, en aplicación del párrafo segundo de dicha disposición, la ley aplicable en dicho país cuando de la totalidad de las circunstancias se desprende que existe un vínculo más estrecho entre dicho contrato y otro país*” (apartado 42).

El TSJ de Canarias, por su parte, incluye estos elementos para concluir si existe un país más vinculado con el contrato de trabajo distinto a aquel al que conduce la norma de conflicto: “*el lugar donde se sitúe el establecimiento de la empleadora, la residencia habitual del trabajador, la residencia habitual o nacionalidad común de los contratantes, la moneda pactada para el pago del salario, el lugar de pago o ingreso del salario, la existencia de relaciones previas entre las partes etc.*” (STSJ de Canarias, de 9 de noviembre de 2006, JUR 2007\69053, FD. Único). *Vid.*, también, STSJ de Canarias, de 7 de marzo de 2005, JUR 2005\105359, FD Cuarto.

<sup>73</sup> STJUE de 12 de septiembre de 2013, *Boedeker*, C-64/12, ECLI:EU:C:2013:551, apartado 34.

<sup>74</sup> CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Contrato internacional de trabajo” en CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo III, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2ª ed., 2022, pág. 3564.

### 5.3. Supuesto de desplazamiento temporal del trabajador

La Directiva 96/71/CE, ya mencionada, indica que, con independencia de cuál sea la ley aplicable al contrato de trabajo, determinada por el artículo 8 del Regl. Roma I, se deberán tener en cuenta las normas en materia de trabajo y empleo existentes en el Estado miembro en el que se efectúe el trabajo de forma temporal en las siguientes materias: “a) los períodos máximos de trabajo así como los períodos mínimos de descanso; b) la duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas; c) las cuantías de salario mínimo, incluidas las incrementadas por las horas extraordinarias; la presente letra no se aplicará a los regímenes complementarios de jubilación profesional; d) las condiciones de suministro de mano de obra, en particular por parte de agencias de trabajo interino; e) la salud, la seguridad y la higiene en el trabajo; f) las medidas de protección aplicables a las condiciones de trabajo y de empleo de las mujeres embarazadas o que hayan dado a luz recientemente, así como de los niños y de los jóvenes; g) la igualdad de trato entre hombres y mujeres y otras disposiciones en materia de no discriminación” (art. 3) <sup>75</sup>.

Se trata de unos “derechos laborales mínimos”, previstos en la legislación del Estado miembro en el que se encuentra el empleado de manera temporal, que deben ser garantizados por el empresario<sup>76</sup>.

Con esta previsión del artículo 3 de la Directiva se colma la laguna que existía a la hora de determinar la ley aplicable al contrato de trabajo cuando el empleado era desplazado temporalmente a otro Estado. En estos casos, el ordenamiento rector era el del país en el que el trabajador prestaba habitualmente sus servicios, dejándole sin la protección que podría ofrecerle la legislación del Estado en el que se encontraba desempeñando su profesión de manera temporal<sup>77</sup>.

## 6. Ley aplicable: otras normas

Si el contrato individual de trabajo se ha celebrado antes del 17 de diciembre de 2009, el juez europeo competente no podrá aplicar el Reglamento Roma I porque el supuesto se encontrará fuera del ámbito de aplicación temporal de la norma<sup>78</sup>.

---

<sup>75</sup> Vid., en este sentido, LLOBERA VILA, M., “El desplazamiento temporal de trabajadores y normas de protección del Estado de prestación temporal de servicios”, *Revista del Ministerio de Empleo y de Seguridad Social*, nº 132, 2017, págs. 189-212; LLOBERA VILA, M. (dir.), *El nuevo régimen jurídico del desplazamiento transnacional de trabajadores*, Aranzadi, 2022; FOTINOPOULOU BASURKO, O., “El trabajo transnacional. Retos presentes y futuros de la ejecución de servicios extraterritoriales”, *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 4, nº 1, 2023, pp. 21-58.

<sup>76</sup> CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Contrato internacional de trabajo” en CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo III, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2ª ed., 2022, pág. 3571.

<sup>77</sup> Vid., en relación con la competencia judicial internacional, JUÁREZ PÉREZ, P., *Orden social y litigios internacionales: competencia judicial internacional*, Comares, Granada, 2002, págs. 120-122.

<sup>78</sup> Vid., en este sentido, STJUE de 18 de octubre de 2016, *Nikiforidis*, C-135/15, ECLI:EU:C:2016:774, apartado 39.

En estos casos, el Convenio de Roma de 1980 sería el texto aplicable para conocer la ley reguladora del contrato de trabajo<sup>79</sup>. A su vez, y con probabilidad menor de que acontezca, si el contrato se ha celebrado antes del 1 de septiembre de 1993, los jueces españoles competentes aplicarán el artículo 10.6 CC como norma de conflicto para determinar el Derecho rector del contrato de trabajo<sup>80</sup>.

El Convenio de Roma de 1980 es un texto con un contenido muy parecido al del Reglamento Roma I. La regulación de la ley aplicable al contrato individual de trabajo se encuentra recogida en el artículo 6. Por su parte, el artículo 10.6 CC remite, “*en defecto de sometimiento expreso de las partes y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 8, les será de aplicación la ley del lugar donde se presten los servicios*”. El precepto no resuelve el problema de determinación de la ley aplicable si el trabajador prestare sus servicios en varios Estados. En esta situación, lo razonable sería hacer una interpretación de la norma coherente con el Reglamento Roma I.

## 7. Conclusiones

**Primera.** El contrato individual de trabajo será internacional cuando presente algún elemento de extranjería, esto es, cuando se encuentre conectado con más de un Estado.

En esta situación, surgido un litigio derivado del incumplimiento de alguna obligación contractual, habrá que determinar cuál de los Estados con los que presenta vinculación la relación jurídica será el que tenga la competencia para conocer del caso y, una vez identificados los órganos jurisdiccionales competentes, habrá que saber qué ordenamiento, de los Estados conectados con el contrato, será el que deba aplicar el tribunal competente para resolver el fondo del asunto.

**Segunda.** Las normas europeas reguladoras de la competencia judicial internacional y de la ley aplicable al contrato individual de trabajo han sido diseñadas teniendo en cuenta el principio de protección de la parte débil de la relación jurídica, el trabajador. Estas normas son el Reglamento Bruselas I bis, para competencia judicial internacional, y el Reglamento Roma I, para ley aplicable.

Ambos textos contienen una regulación particular para el contrato de trabajo, regulación separada e independiente de la general en materia contractual.

---

<sup>79</sup> Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980, DOCE L266, de 9 de octubre de 1980.

<sup>80</sup> El Convenio de Roma de 1980 entró en vigor en España el 1 de septiembre de 1993 (<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1993-18896#:~:text=Hecho%20en%20Roma%20el%2019%20de%20junio%20de%201980.&text=Fecha%20depósito%20instrumento%3A%20Pa%C3%ADses%20Bajos,%2C%20párrafo%201%2C%20del%20Convenio>).

*Vid.*, en este sentido, SALA FRANCO, T., “Las fuentes reguladoras de la determinación de la ley aplicable en materia laboral individual”, en SALA FRANCO, T./LÓPEZ TERRADA, E. (dirs.), *Las relaciones laborales internacionales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pág. 222.

**Tercera.** Los foros que ofrece el Reglamento Bruselas I bis y los puntos de conexión del Reglamento Roma I, en este caso de contratos individuales de trabajo, son similares. Lo que supone que haya más probabilidad de coincidencia del *forum* y el *ius* y que, por ello, los tribunales competentes apliquen su propio Derecho para resolver la disputa.

**Cuarta.** La autonomía de la voluntad, característica de la materia patrimonial, en relación con los contratos individuales de trabajo se admite pero de manera limitada. El objetivo de protección del empleado hace que los acuerdos de las partes, tanto para elegir tribunales como para hacer lo propio respecto de la ley aplicable, sólo sean válidos si benefician al trabajador o, al menos, no le perjudican.

En este sentido, la sumisión sólo será posible cuando se celebre una vez haya nacido el litigio o cuando permita sólo al trabajador interponer la demanda ante los tribunales elegidos (art. 23 Reglamento Bruselas I bis). En cuanto a la elección de Derecho rector, será válida pero no podrá impedir que se apliquen las disposiciones imperativas del ordenamiento que regiría el contrato en defecto de elección y que sean más beneficiosas para el empleado (art. 8.1 Reglamento Roma I).

**Quinta.** En defecto de sumisión, los tribunales europeos competentes dependerán de quién sea el demandado. De esta manera, si el demandado es el empresario, los foros se ubican en el artículo 21, y, si lo es el trabajador, el único foro que puede utilizar el demandante es el del domicilio del demandado del artículo 22.1 –y el de la reconvencción del artículo 22.2–.

Esta diferencia en el número de foros también refleja el objetivo de protección del trabajador que ha inspirado al legislador a la hora de elaborar la norma. Con esta idea, la parte débil de la relación tiene más foros para interponer su demanda contra el empresario que éste, que sólo cuenta con el foro general del domicilio del demandado.

Otra distinción en este sentido es que el trabajador debe tener su domicilio en la Unión Europea, para que sea aplicable el Reglamento, y el empresario puede no tenerlo y eso no obsta para que sea demandado en la Unión por los foros de la norma (art. 21.2).

**Sexta.** En defecto de sumisión, el foro del domicilio del demandado puede ser utilizado por cualquiera de las partes en el contrato para interponer su demanda.

Si las partes no han elegido tribunales competentes ni ley aplicable, el foro, junto al del domicilio del demandado y cuando el empresario es el demandado, y el punto de conexión, en todos los casos, será el lugar donde el trabajador desempeñe de manera habitual su actividad. Y, si no pudiera determinarse ese lugar, porque haya varios Estados en los que preste sus servicios y ninguno de ellos pueda ser identificado como el lugar de prestación principal, los tribunales competentes y la ley aplicable vendrán determinados por el lugar del establecimiento que ha empleado o contratado al trabajador.

Por último, en defecto de elección de ley, el Reglamento Roma I ofrece la cláusula de escape del artículo 8.4 para resolver la cuestión planteada con la ley del Estado que presente vínculos más estrechos con el caso que aquel al que remite la norma de conflicto.

**Séptima.** A todo lo anterior, en el caso de que no haya acuerdo de elección de tribunales, habría que añadir el foro del lugar de prestación temporal de los servicios, en supuestos de desplazamiento temporal de trabajadores (art. 6 Directiva 96/71/CE).

Y, en este mismo escenario de empleados desplazados, a la ley aplicable en virtud del Reglamento Roma I habrá que sumar la regulación en materia de condiciones de trabajo y empleo, que recoge la Directiva 96/71/CE, del ordenamiento del Estado miembro en el que se encuentra desplazado el trabajador (art. 3 Directiva 96/71/CE).

**Octava.** Se trata, como vemos, de una regulación pensada para beneficiar al empleado quien, en su relación con el empresario, se encuentra en una posición de debilidad que el legislador pretende corregir con las normas aplicables al contrato individual de trabajo.

## 8. Bibliografía citada

- ELLINTXON MARTÍN, U., “El foro del domicilio del empleador en los contratos internacionales de trabajo. Un apunte sobre la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 17 de abril de 2020”, CDT, vol. 13, nº 1, 2021.
- CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “El derecho internacional privado: concepto, caracteres, objeto y contenido” en CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dirs.), Tratado de Derecho Internacional Privado, Tomo I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2ª ed., 2022.
- CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Competencia judicial internacional” en CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dirs.), Tratado de Derecho Internacional Privado, Tomo I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2ª ed., 2022.
- CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Derecho aplicable (I). Técnicas de reglamentación. La norma de conflicto” en CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dirs.), Tratado de Derecho Internacional Privado, Tomo I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2ª ed., 2022.
- CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Contrato internacional de trabajo” en CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dirs.), Tratado de Derecho Internacional Privado, Tomo III, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2ª ed., 2022.
- CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Competencia judicial internacional y derecho de los negocios internacionales” en CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dirs.), Tratado de Derecho Internacional Privado, Tomo II, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2ª ed., 2022.
- ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., La relación laboral internacional, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022.
- ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., “La reconversión en los litigios sobre contratos internacionales de trabajo. (Comentario a la STJUE de 21 de junio de 2018, asunto C-1/17, Petronas Lubricants Italy)”, CDT, vol. 11, nº 2, 2019.
- FOTINOPOULOU BASURKO, O., La determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo internacional. Estudio del Convenio de 19 de junio de 1980, hecho en Roma, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, Aranzadi, Navarra, 2006.

- GARDEÑES SANTIAGO, M., “Derecho imperativo y contrato internacional de trabajo”, *Revista del Ministerio de Empleo y de Seguridad Social*, nº 132, 2017.
- GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., “Desplazamiento transnacional laboral genuino y ley aplicable al contrato de trabajo”, *CDT*, vol. 10, nº 1, 2018.
- IRIARTE ÁNGEL, J.L., “La precisión del lugar habitual de trabajo como foro de competencia y punto de conexión en los Reglamentos europeos”, *CDT*, vol. 10, nº 2, 2018.
- JUÁREZ PÉREZ, P., “De inmunidades, sumisiones y centros de trabajo: la STJUE de 19 de julio de 2012, Mahamdia C. República de Argelia”, *CDT*, vol. 5, nº 1, 2013.
- JUÁREZ PÉREZ, P., *Orden social y litigios internacionales: competencia judicial internacional*, Comares, Granada, 2002.
- LLOBERA VILA, M. (dir.), *El nuevo régimen jurídico del desplazamiento transnacional de trabajadores*, Aranzadi, 2022; FOTINOPOULOU BASURKO, O., “El trabajo transnacional. Retos presentes y futuros de la ejecución de servicios extraterritoriales”, *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 4, nº 1, 2023.
- MAESTRE CASAS, P., “El contrato de trabajo de marinos a bordo de buques mercantes (A propósito de la STJUE de 15 diciembre 2011, Jan Voogsgeerd y Navimer S.A., As. C-384/10)”, *CDT*, vol. 4, nº 2, 2012.
- PALAO MORENO, G., “La Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. Un nuevo paso hacia la consolidación de un mercado de trabajo integrado en Europa”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, nº 208, 2000.
- RODRÍGUEZ RODRIGO, J., “Lugar de trabajo habitual a la luz del artículo 8.2 del Reglamento Roma I. Comentario de la STJUE de 15 julio 2021, asuntos acumulados C-152/20 y C-218/20”, *CDT*, vol. 14, nº 1, 2022.
- SALA FRANCO, T., “Las fuentes reguladoras de la determinación de la ley aplicable en materia laboral individual”, en SALA FRANCO, T./LÓPEZ TERRADA, E. (dirs.), *Las relaciones laborales internacionales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022.
- TODOLÍ SIGNES, A., “Las fuentes reguladoras de la determinación de la jurisdicción competente”, en SALA FRANCO, T./LÓPEZ TERRADA, E., *Las relaciones laborales internacionales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022.
- VAQUERO LÓPEZ, C., “El concepto de contrato de trabajo en el marco del Convenio de Lugano. Comentario a la sentencia del TJUE de 11 de abril de 2019, asunto C-603/17, Bosworth y Hurley”, *CDT*, vol. 12, nº 1, 2020.
- VIRGÓS SORIANO, M./GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Civitas, Madrid, 2000, págs. 255-256; AGUILAR GRIEDER, H., *Acumulación de procesos en los litigios internacionales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004

ARTÍCULOS JURISPRUDENCIALES

# El papel del derecho de la Unión Europea en la regulación del trabajo del personal sanitario, especial referencia al caso español

The role of European Union law in regulating the work of health care personnel, with special reference to the Spanish case

Lidia de la Iglesia Aza

UNIR

Doctora por la Universidad de Santiago de Compostela

ORCID ID: 0000-0001-8455-0701

Recibido: 5/8/2023

Aceptado: 4/12/2023

doi: 10.20318/labos.2024.8399

*Resumen:* El personal sanitario tiene un régimen jurídico propio y diferenciado al del resto de los empleados públicos, derivado tanto del sistema de trabajo como de la esencialidad de sus funciones. La normativa de la Unión Europea no tiene un cuerpo legislativo específico para este colectivo, del que ha asumido sus peculiaridades permitiendo el recurso a la excepción en muchas Directivas. Mas allá de la innegable evolución normativa, el régimen interior de diversos Estados Miembros se ha visto afectado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia mediante múltiples cuestiones prejudiciales, clasificables, en virtud de su objeto conforme al tema principal del litigio de origen:

- Tiempo de trabajo.
- Diferencias de trato entre personal con vínculo temporal y con vínculo indefinido.

*Palabras clave:* Personal sanitario, cuestiones prejudiciales, jurisprudencia, tiempo de trabajo.

*Abstract:* Healthcare personnel have their own legal regime that is different from that of other public employees, derived both from the work system and from the essential nature of their functions. The regulations of the European Union do not have a specific body of legislation for this group, from which it has assumed its peculiarities, allowing recourse to the exception in many Directives. Beyond the undeniable normative evolution, the internal regime of various Member States has been affected by the case law of the Court of Justice by

---

\*ldelaiglesiaaza@gmail.com

means of multiple preliminary rulings, classifiable, by virtue of their subject matter, according to the main subject of the original dispute:

- Working time.
- Differences in treatment between temporary and permanent staff.

*Keywords:* Health care personnel, preliminary rulings, case law, working time.

## 1. Introducción

El régimen jurídico del personal sanitario es singular y diferente al del resto de los empleados públicos, pese a ello, en el Derecho de la UE no existe un cuerpo legislativo específico para este colectivo, sino que las referencias y regulaciones se encuentran diseminadas en múltiples textos. No obstante, derivado de su especialidad, muchas de las Directivas posibilitan el recurso a la excepción en este ámbito. En el caso de España, son mínimas las ocasiones en las que ha acudido a tal recurso, lo que resulta más acorde con la doctrina del “efecto útil”<sup>1</sup>.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia, mediante recursos por incumplimiento y cuestiones prejudiciales<sup>2</sup>, constituye una fuente innegable de evolución de su régimen jurídico, propiciando e incluso forzando modificaciones legislativas e incluso procesales<sup>3</sup> de gran calado.

En cuanto al personal sanitario han sido muy limitados los recursos por incumplimiento<sup>4</sup>, pudiendo señalar como materias tratadas las deficiencias en materia de forma-

<sup>1</sup> SARMIENTO RAMÍREZ ESCUDERO, D., Un paso más en la constitucionalización del tercer pilar de la Unión Europea. La sentencia María Pupino y el efecto directo de las decisiones marco, *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, nº10, 2005, p. 16

SÁNCHEZ -URÁN AZAÑA, Y., Hacia un concepto de trabajador en el Derecho de la Unión Europea, en especial en la política social propiamente dicha, *FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales. Nueva Época*, 20, 1, 2017, p 294

MIRANDA BOTO, J.M. *Las Competencias de la Comunidad Europea en Materia Social*, Aranzadi, 2009, p. 126: “ha desarrollado la doctrina del efecto útil, que implica una interpretación restrictiva de las excepciones”

<sup>2</sup> MIRANDA BOTO, J.M., El papel del Tribunal de Justicia en la construcción del acervo social de la Unión Europea, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 102, 2013, p 18 a 21

<sup>3</sup> MANEIRO VÁZQUEZ, Y., La infracción de la normativa y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia como motivo de acceso a los recursos de suplicación y casación, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 47, 2017, p 311

GARCÍA MURCIA, J., Introducción. En: GARCÍA MURCIA, J. (Dir.), *La transposición del Derecho social comunitario al ordenamiento español*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005, p 28

BARAV, A., El papel comunitario del juez nacional y el estatuto del justiciable comunitario. En: HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, J. (coord.), *La articulación entre el Derecho comunitario y los Derechos nacionales: algunas zonas de fricción*, Madrid, CGPJ, 2007, p 304

VALDÉS DAL RÉ, F., A función de protección dos dereitos fundamentais polo Tribunal de Xustiza da Unión Europea: entre a renovación e o continuismo, *Revista Galega de Dereito Social*, 2ª et., 1, 2016, p 13-14

<sup>4</sup> MIRANDA BOTO, J.M., El control de la recepción del derecho de la Unión Europea en la legislación laboral española a través del recurso por incumplimiento, *Documentación Laboral, Revista de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 113, 2018, p 124

ción y reconocimiento de títulos (*Comisión de las CCEE contra el Reino de España*, nivel mínimo de formación de las matronas, asunto C-313/89<sup>5</sup>); la remuneración mínima del personal en formación para la obtención de títulos de médico especialista (*Comisión de las CCEE contra el Reino de España*, asunto C-277/93<sup>6</sup>); el reconocimiento de títulos extranjeros de médicos y de farmacéuticos hospitalarios (*Comisión de las CCEE contra el Reino de España*, asunto C-232/99<sup>7</sup> y *Comisión de las CCEE frente al Reino de España*, asunto C-39/07<sup>8</sup>). Estos pronunciamientos dieron lugar a la ejecución de modificaciones legales internas, situación que se reiteró en el caso de recursos por incumplimiento de otros Estados miembros, como la sentencia *Comisión de las CCEE contra Grecia*<sup>9</sup>, referida a la libertad de apertura de establecimientos ópticos, que afectó al ordenamiento español. Otro tanto respecto de la sentencia *Comisión de las CCEE contra la República Italiana*<sup>10</sup>, supuesto en el que los colegios profesionales del resto de Estados Miembros se tuvieron que adaptar al pronunciamiento, dado que múltiples regulaciones internas mantenían la misma limitación declarada proscrita<sup>11</sup>.

Del mismo modo, el recurso por incumplimiento de la sentencia *Comisión Europea contra Irlanda*<sup>12</sup> podría dar lugar a modificaciones en diversos Estados Miembros, dado que se determinó, respecto del personal médico en formación, que las horas de formación fuera del centro de trabajo no tienen la consideración de tiempos de trabajo a los efectos de límites de jornada. La singular relación de formación de los médicos está expresamente excluida de la Directiva 2003/88/CEE, y muchos de los Estados Miembro realizan en el centro sanitario la totalidad de sus jornadas, computándose íntegramente

<sup>5</sup> STJ de 7 de noviembre de 1991, *Comisión de las CCEE contra el Reino de España*, asunto C-313/89. (ECLI:EU:C:1991:415)

BORRÁS RODRÍGUEZ, A.; VILÀ COSTA, B., Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Revista Jurídica de Catalunya*, 91, 4, 1992, p 1132

<sup>6</sup> STJUE de 6 de diciembre de 1994, *Comisión de las CCEE contra el Reino de España*, asunto C-277/93. (ECLI:EU:C:1994:402)

VALLEJO LOBETE, E., La estomatología, especialidad médica cuyos períodos de formación han de ser remunerados en España, *Gaceta Jurídica de la C.E. y de la Competencia*, boletín 71, 1994, p 17

<sup>7</sup> STJUE de 16 de mayo de 2002, *Comisión de las CCEE contra el Reino de España*, asunto C-232/99. (ECLI:EU:C:2002:291)

<sup>8</sup> STJUE de 8 de mayo de 2008, *Comisión de las CCEE frente al Reino de España*, asunto C-39/07. (ECLI:EU:C:2008:265)

PÉREZ GÁLVEZ, J.F., Reconocimiento del título de farmacéutico especialista en la Unión Europea: farmacia hospitalaria. Comentario a la STJCE (Sala Segunda) de 8 de mayo de 2008, *Noticias de la Unión Europea*, volumen 306, 2010, p 109

<sup>9</sup> STJUE de 21 de abril de 2005, *Comisión de las CCEE contra Grecia*, asunto C-140/03. (ECLI:EU:C:2005:242)

<sup>10</sup> STJUE de 18 de enero de 2001, *Comisión de las CCEE contra la República Italiana*, asunto C-162/99. (ECLI:EU:C:2001:35)

<sup>11</sup> MARCOS FERNÁNDEZ, F., La lucha contra las restricciones a la libre competencia en el mercado de servicios profesionales, *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, vol 219, mayo/junio, 2002, p 33-34

VÁZQUEZ ALBERT, D., Derecho de la Competencia y Ejercicio de las Profesiones, *ILSA Journal of International & Comparative Law*, vol 11, 2004, p 753

<sup>12</sup> STJUE de 9 de julio de 2015, *Caso Comisión Europea contra Irlanda*, asunto C-87/14. (ECLI:EU:C:2015:449)

como tiempo de trabajo. Esta aproximación puede verse alterada, dado que el sistema de formación mas usual no contempla la formación externa a los centros hospitalarios, pero a la vista de tal pronunciamiento, nada obsta para que las sesiones clínicas previas al inicio de ronda se realicen fuera del centro, excluyéndolas así del cómputo de jornada, máxime a la vista de la tendencia a la expansión de las horas de trabajo de este colectivo.

Pero los recursos por incumplimiento son muy limitados en materia de personal sanitario, resultando mas relevantes las cuestiones prejudiciales, que se han constituido como el escenario propicio para la aparición de las grandes creaciones jurisprudenciales, dictándose sentencias que han hecho del Ordenamiento de la UE una figura completamente diferente a cualquier otra en el universo de las organizaciones internacionales<sup>13</sup>. Y ello por cuanto, la posición del Tribunal es una “posición mixta al resolver el asunto” (...) “legislador sustituto”, “dirigiéndose más a los propios Estados como tales”<sup>14</sup>.

En otras palabras, “responde esencialmente (...) a la búsqueda de la uniformidad en el funcionamiento del ordenamiento jurídico de la Unión”<sup>15</sup>. Por ello, en el estático panorama legislativo en esta materia, “los avances más relevantes han venido de la acción, directa o indirecta, del Tribunal de Justicia”<sup>16</sup>.

Los temas más recurrentes en las cuestiones prejudiciales del colectivo se sistematizan en dos grandes grupos de sentencias, las referidas al tiempo de trabajo y las que versan sobre diferencias de trato entre personal temporal e indefinido.

## 2. Decisiones prejudiciales en materia de tiempo de trabajo

El derecho a la salud tiene rango fundamental tanto en el derecho interno de los Estados Miembros como en la regulación del artículo 9 del TFUE, e implica la prestación de servicios en régimen de asistencia permanente, 24 horas al día/365 días al año, siendo las cuestiones sobre los tiempos de trabajo del colectivo múltiples.

De entre las resueltas destaca el caso *SIMAP*<sup>17</sup>, en el que la decisión prejudicial se instó desde un Tribunal español y la pretensión del Sindicato demandante era que se declarase el derecho de los médicos a jornadas de trabajo que no excediesen las cuarenta horas, incluidas las extraordinarias, por cada período de siete días. Tal pretensión se

<sup>13</sup> MIRANDA BOTO, J.M., Algunas observaciones sobre la cuestión prejudicial y su relevancia en el orden social En: DANS ÁLVAREZ SOTOMAYOR, L. (Coord.), *La nueva dimensión de la materia contenciosa laboral*, Bomarzo, 2014, p 281

<sup>14</sup> MIRANDA BOTO, J.M., El impacto de la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia en la legislación laboral española: los ajustes incumplidos, *Revista Aranzadi Unión Europea*, 5, 2018, p 42

<sup>15</sup> ALONSO GARCÍA, R., La cuestión prejudicial, piedra angular de la integración europea, En: GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I. (Coord.), *La cuestión prejudicial europea*, Valencia, IVAP, 2014, p 9

<sup>16</sup> MIRANDA BOTO, J.M., Reseña de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en 2016, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Derecho social Internacional y Comunitario*, vol 132, 2017, p 29

<sup>17</sup> STJUE de 3 de octubre de 2000, *Caso Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (SIMAP) contra la Consellería de Sanidad y Consumo de la Generalitat Valenciana*, asunto C-303/98. (ECLI:EU:C:2000:528)

completaba instando la declaración de que la jornada de trabajo nocturno no excediese las ocho horas en cada período de veinticuatro horas, o de superarse, se concediesen períodos equivalentes de descanso compensatorio. Subsidiariamente se requería la declaración del derecho del colectivo a no exceder las cuarenta y ocho horas, incluidas las extraordinarias, por cada período de siete días (en cómputo de cuatro meses), con la misma petición en cuanto a las horas nocturnas. Ambas peticiones junto con la consideración de este colectivo como trabajadores nocturnos y por turnos a los efectos de la especial protección establecida en la Directiva 93/104/CE.

Dada la exclusión en cuanto al ámbito contenida en el artículo 2 de la Directiva 89/391/CEE<sup>18</sup>, que establece su inaplicación “cuando se opongan a ello de manera concluyente las particularidades inherentes a determinadas actividades específicas de la función pública” el Tribunal remitente requirió pronunciamiento previo sobre si este personal estaba incluido en tal exclusión. En concreto, solicitó pronunciamiento sobre si la expresa exclusión en la Directiva del personal médico en formación debe interpretarse *sensu contrario* como inclusión del resto de personal médico. En caso de establecerse la aplicabilidad de la Directiva al colectivo, el Tribunal formulaba hasta diez cuestiones referidas al tiempo de trabajo, a la duración media del trabajo, al régimen de horas extraordinarias, al carácter nocturno del trabajo y al trabajo a turnos.

El pronunciamiento del Tribunal estuvo a la altura de lo exhaustivo de las cuestiones formuladas, de esta forma, se declaró de forma inequívoca que los médicos de Equipos de Atención Primaria estaban incluidos dentro del ámbito de aplicación de la Directiva, y ello por cuanto no les era de aplicación ninguna de las limitaciones establecidas en su texto, puesto que España no estableció exclusión alguna para este colectivo. Por tanto, la Directiva es directamente aplicable a sus condiciones de trabajo.

Para resolver las cuestiones sometidas, el Tribunal de Justicia estudió los tiempos de trabajo del colectivo, concluyendo que los servicios prestados en régimen de atención continuada en presencia física debían ser considerados como de trabajo efectivo a todos los efectos. Diferente consideración otorgó a los prestados en régimen de localización, sin que sea obligatoria su presencia en el centro sanitario, a los que sólo reservó la condición de tiempo de trabajo en el caso de efectivo llamamiento. Ambos tiempos, el de presencia física en todo caso, y el de localización en caso de efectivo llamamiento y por el tiempo efectivo dedicado al acto médico, declaró que tenían la consideración de horas extraordinarias en el sentido de la Directiva.

Así, “el Tribunal tendió a una interpretación más próxima al elemento de subordinación que al del trabajo efectivo, en línea de principio con la finalidad de la protección de la seguridad y salud de los trabajadores” (...) Se puede afirmar, por tanto, que este fallo concede una cierta preponderancia al elemento tiempo en estrecha relación con la posibilidad de prestar servicios de manera inmediata<sup>19</sup>”.

<sup>18</sup> Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo

<sup>19</sup> TRILLO PÁRRAGA, F.J., *La construcción social y normativa del tiempo de trabajo: identidades y trayectorias laborales*, Lex Nova, 2010, pág. 117

De la trascendencia de esta noción del tiempo de trabajo basada en la subordinación da cuenta la referencia que a esta sentencia efectúa la OIT, al entender que podría considerarse aplicable incluso a las previsiones de sus Convenios<sup>20</sup>.

En el sector sanitario público de la UE, dio lugar a una revolución, dado que las horas de presencia física venían computándose de una forma parcial, “al no exigir una prestación de servicios constante (...) su retribución no había de ajustarse necesariamente al valor de la hora ordinaria ni, menos aún, al de la hora extraordinaria”<sup>21</sup>.

En el ámbito nacional, la inicial norma de regulación de las guardias no contenía siquiera una limitación en el número de módulos mensuales a realizar, pese a que la jornada ordinaria en instituciones sanitarias ya estaba limitada. Esta regulación, o su ausencia, acreditaba su no consideración como horas de trabajo efectivo por parte del legislador interno<sup>22</sup>. Las posteriores normas en relación con los equipos básicos de salud<sup>23</sup> constataban que los legisladores no consideraban los tiempos de guardias de presencia física como de trabajo efectivo.

Tras la sentencia *SIMAP* el legislador advirtió lo perentorio de la modificación del régimen legal del personal sanitario, lo que realizó mediante la aprobación del Estatuto Marco. De hecho, su exposición de motivos<sup>24</sup> establece que obedece a la necesidad de transponer diversas Directivas. No resultaba muy acorde con el orgullo patrio admitir que obedecía, al menos parcialmente, a la necesidad de adecuar la regulación interna a los pronunciamientos de la sentencia *SIMAP*.

Algunos Estados Miembros reaccionaron mediante “*opting out*”, acudiendo a exenciones para no tener que aplicar sus previsiones. Tras la sentencia del asunto *Jaeger* y la reiteración del recurso a las exclusiones, el Parlamento Europeo exigió a la Comisión que revisara y reformara la Directiva para evitar los abusos y solicitó la revisión “lo antes

<sup>20</sup> *Horas de Trabajo: ¿de lo fijo a lo flexible?*, International Labour Organization, 2004, p. 20 y sig.

<sup>21</sup> GOERLICH PESET, J.M., Aplicación de la Directiva de tiempo de trabajo a las guardias medicas En: GÁRATE CASTRO, F.J. (Coord.), *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones judiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles. Estudios ofrecidos a M<sup>a</sup> Emilia Casas Baamonde*, Universidad de Santiago de Compostela, 2020, p 593

<sup>22</sup> En la Orden de 9 de diciembre de 1977 por la que se desarrolla el Real Decreto 3110/1977 de 28 de noviembre, regulando los turnos de guardia y localización del personal facultativo de los Servicios jerarquizados de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, se establecía una limitación de jornada ordinaria de 36 horas en instituciones sanitarias, y ninguna a la realización de guardias de presencia física.

<sup>23</sup> Real Decreto 137/1984, de 11 de enero, sobre estructuras básicas de salud. Art. 6. “La dedicación del personal integrado en los Equipos de Atención Primaria será de cuarenta horas semanales, sin perjuicio de las dedicaciones que pudieran corresponder por la participación en los turnos de guardias, debiendo responsabilizarse de las peticiones de asistencia a domicilio y de las de carácter de urgencia, de conformidad con lo establecido en los Estatutos Jurídicos de Personal Médico y Auxiliar Sanitario de la Seguridad Social, y las normas que los desarrollan.”

<sup>24</sup> “Consideración especial merece la sección 1.<sup>a</sup> del capítulo X, pues en ella se lleva a cabo la transposición al sector sanitario de dos directivas de la Comunidad Europea relativas a la protección de la seguridad y salud de los trabajadores a través de la regulación de los tiempos de trabajo y del régimen de descansos, las Directivas 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, y 2000/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 2000.”

posible” del *opting-out*, con vistas a su eliminación definitiva en el año 2007<sup>25</sup>. Tal como se ha señalado, se acredita así la influencia de las decisiones prejudiciales y el poder de las sentencias del Tribunal de Justicia<sup>26</sup>.

En el caso *CIG*<sup>27</sup>, se discutió la aplicabilidad al personal sanitario de las limitaciones en materia de tiempo de trabajo de las Directivas 89/391/CEE<sup>28</sup> y 93/104/CE. El accionante entendía que a este colectivo se le establecía un horario de trabajo que excedía los máximos de la UE. En remisión a la sentencia *SIMAP* el Tribunal resolvió mediante Auto, declarando que esta actividad estaba comprendida dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/104/CE. Excluyó así la aplicación de las excepciones o exclusiones, y estableció que “el tiempo de atención continuada en régimen de presencia física del personal médico y de enfermería (...) debe considerarse tiempo de trabajo en su totalidad y, en su caso, horas extraordinarias”. Al igual que en el asunto *SIMAP*, se consideró que el trabajo en atención primaria se tiene que caracterizar como trabajo a turnos a los efectos de la Directiva<sup>29</sup>.

Pese a lo tajante de estas sentencias, se reiteraron los asuntos en relación con las guardias de presencia física, así, el asunto *Jaeger*<sup>30</sup>. La cuestión prejudicial se presentó por un Tribunal alemán valorando el derecho interno, que diferenciaba entre servicios de permanencia, servicios de atención continuada y servicios de alerta localizada: servicios de permanencia aquellos en los que el trabajador está a disposición del empresario y atento a sus funciones en el lugar de trabajo; servicios de atención continuada, períodos en los que el trabajador debe estar presente en el centro pero puede descansar de no ser llamado; y servicio de alerta localizada el tiempo en el que el trabajador debe permanecer localizable para prestar servicios de ser llamado. Solo se computaba como tiempo

<sup>25</sup> CERCAS ALONSO, A., Informe sobre la ordenación del tiempo de trabajo (Revisión Directiva 93/104/CE) (2003/2165(INI)), *Comisión de Empleo y Asuntos Sociales*, 2004, apartados 2, 13 y 16:

“13. Pide a los Estados miembros que (...) no multipliquen el uso de la facultad de derogación (...) para solucionar los aparentes problemas causados por la interpretación que el TJCE hace de las horas de atención continuada en régimen de presencia física como tiempo de trabajo en el sector de la asistencia médica,”

<sup>26</sup> BARNARD, C., *EU Employment Law*, 4ª ed, Oxford University Press, 2012 p. 535, 547, 550 y 552

SINDBJERG MARTISEN, D. (2015) *An ever more powerful Court?: The political constraints of legal integration in the European Union*, Oxford University Press, 2015, p 108

<sup>27</sup> STJUE de 3 de julio de 2001, *Caso Confederación Intersindical Galega contra Servicio Galego de Saúde*, asunto C-241/99. (ECLI:EU:C:2001:371)

<sup>28</sup> Directiva del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo. DOCE núm. 183, de 29 de junio de 1989, pág. 1 a 8

<sup>29</sup> BLANSPAIN, R., *European Labour Law*, Kluwer Law International, 2008, p 576 y ss.

CARRIL VÁZQUEZ, X.M., Tiempos de trabajo del personal médico y de enfermería con servicio en puntos de atención continuada, equipos de atención primaria y otros servicios de urgencias extrahospitalarias de Galicia, En: GÁRATE CASTRO, F.J. (Dir.), *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles. Estudios ofrecidos a M<sup>a</sup> Emilia Casas Baamonde*, Universidad de Santiago de Compostela, 2020, p 597 a 602

<sup>30</sup> STJUE de 9 de septiembre de 2003, *Landeshauptstadt Kiel y Norbert Jaeger*, asunto C-151/02. (ECLI:EU:C:2003:437)

de trabajo íntegro el de permanencia, pero no el de atención continuada ni el de alerta localizada, salvo llamamiento, y en tal caso, sólo durante el tiempo de ejercicio efectivo.

El régimen de trabajo implicaba, además de la jornada ordinaria, seis turnos al mes de atención continuada con permanencia en la clínica a disposición del servicio. De no ser llamado podía dormir, y de promedio debía prestar servicios efectivos el 49% del tiempo de permanencia. El Dr. Jaeger entendía que la totalidad del tiempo de atención continuada debía ser considerado como tiempo de trabajo. El Tribunal alemán sometía al Tribunal de Justicia la posible infracción de la Directiva 93/104/CE por la consideración de la atención continuada como período de descanso.

El Tribunal de Justicia se refirió al caso *SIMAP*, contraponiendo el concepto de tiempo de trabajo con el concepto de tiempo de descanso, estableciendo que los servicios de atención continuada de presencia física obligada en el centro debían considerarse íntegramente como tiempo de trabajo. Reiteró que no caben interpretaciones ponderadas, y sostuvo que sin necesidad de pieza expresa de transposición, cabe hallar en Derecho interno reglas conformes a la Directiva, aún a falta de medidas expresas de adaptación. Si el Derecho interno cumple con sus límites, es conforme<sup>31</sup>. Se declaró que el efecto directo implica que los jueces nacionales deben dar aplicación en virtud del principio *iura novit curia*, a los mandatos claros y determinantes no transpuestos, buscando una interpretación conforme del derecho interno.

Pese a lo tajante de estos pronunciamientos, se reiteraron las cuestiones prejudiciales en esta materia. Así, en el caso *Pfeiffer*<sup>32</sup>, se interesó nuevamente por el Tribunal alemán la interpretación sobre la posible contradicción entre la normativa comunitaria y la regulación alemana que diferenciaba entre servicios de permanencia, servicios de atención continuada y servicios de alerta localizada.

En este procedimiento se acumularon siete litigios frente a la Cruz Roja Alemana interpuestos por trabajadores sanitarios del servicio de socorro terrestre. Sus servicios se prestaban en ambulancias y vehículos sanitarios de emergencia, y la pretensión era el cómputo de los períodos de permanencia a que venían obligados por Convenio Colectivo a los efectos de jornada, con la consiguiente retribución de horas extraordinarias.

En este procedimiento, se cuestionaba la aplicabilidad de la Directiva, por entender que podría estar excluida la actividad por su carácter de transporte por carretera. El resto de las cuestiones tenían relación con la legalidad de las condiciones de exceso de jornada por sumisión de las partes a un Convenio Colectivo. El Tribunal resolvió que las excepciones de la Directiva deben interpretarse restrictivamente, y al primar el carácter

---

<sup>31</sup> FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O., Ordenación del tiempo de trabajo, En: GARCÍA MURCIA, J. (Dir.) *Condiciones de empleo y relaciones de trabajo en el Derecho de la Unión Europea. Un estudio de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, p 201 y ss.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., *La aplicación de la Directiva 93/104/CEE al personal estatutario de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, 2002, p 56 y ss.

<sup>32</sup> STJUE de 5 de octubre de 2004, *Bernhard Pfeiffer* (C-397/01), *Wilhelm Roith* (C-398/01), *Albert Süß* (C-399/01), *Michael Winter* (C-400/01), *Klaus Nestvogel* (C-401/01), *Roswitha Zeller* (C-402/01) y *Matthias Döbele* (C-403/01) *contra Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV*. (ECLI:EU:C:2004:584)

de primeros auxilios a enfermos o heridos, frente al de transporte por carretera no consideró que estos servicios estuviesen excluidos.

En lo relativo a la aceptación de prestación de servicios por tiempo superior al máximo reiteró que el consentimiento debe ser individual, expreso, libre y con pleno conocimiento de causa, y no consideró que la sumisión a una regulación genérica de Convenio Colectiva fuese válida para sobrepasar los límites de jornada.

Reiteró la obligación de los Estados Miembros de adoptar las medidas necesarias para que la duración media del trabajo no exceda las 48 horas por cada siete días, obligación vinculada al carácter de la limitación de jornada como medida de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores. En cuanto a los servicios de atención continuada y los períodos de permanencia, recalcó que la disposición de derecho alemán que permitía sobrepasar la jornada máxima de 48 horas semanales mediante estos era contraria al Derecho de la Unión.

Esta sentencia forzó el efecto directo horizontal de la Directiva entre particulares por medio de su conexión con las previsiones de la Carta de los Derechos Fundamentales, al establecer que pasa de estar dirigida a los Estados a ser aplicable directamente a los ciudadanos, por ser desarrollo de la Carta<sup>33</sup>. Al no resultar conforme la normativa interna con la Directiva, y siendo las disposiciones de ésta suficientemente precisas, los particulares están legitimados para su invocación ante los órganos jurisdiccionales nacionales<sup>34</sup>.

En el caso *Abdelkader Dellas*<sup>35</sup>, se requirió al Tribunal la interpretación de la Directiva 93/104/CE, en el ámbito de los trabajadores de centros sociales y de médicos en régimen de presencia física en el sistema francés, que equiparaba al tiempo de descanso los períodos de inactividad del trabajador durante la atención continuada.

La regulación interna francesa establecía una parcialidad en el cómputo de los períodos de trabajo en régimen de presencia física, de forma que cada nueve horas de vigilancia nocturna se computaban como tres de trabajo efectivo, añadiéndose media hora más por cada sesenta minutos suplementarios. Los demandantes solicitaban la anulación de esta regulación por contraria a la Directiva, y el Tribunal remitente cuestionaba la definición del tiempo de trabajo, y si ésta se aplicaba a los límites comunitarios, o también a los límites señalados por los Derechos nacionales. La duda derivaba del *Code du Travail*, que establecía un límite semanal general promedio de cuarenta y cuatro horas en un período de doce semanas, por tanto, mas beneficioso para los trabajadores.

<sup>33</sup> A favor MILLÁN MORO, L., Aplicabilidad directa y efecto directo en Derecho Comunitario según la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia., *Revista de Instituciones Europeas*, 11, 1984, p 445 y sig. En contra, LÓPEZ ÁLVAREZ, M.J., Tiempo de trabajo y derecho de vacaciones a la luz de la jurisprudencia comunitaria, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 127, 2017

<sup>34</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., La eficacia directa de los derechos fundamentales laborales, *Documentación Laboral, Revista de la Asociación española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 113, vol I, 2008, p 36.

<sup>35</sup> STJUE de 1 de diciembre de 2015, *Abdelkader Dellas y otros contra Premier ministre y Ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité*, asunto C-14/2004. (ECLI:EU:C:2005:728)

Además, cuestionaba si un régimen de equivalencia proporcional que computase todas las horas de presencia con un mecanismo de ponderación en base a la menor intensidad del trabajo resultaba compatible con los objetivos de la Directiva.

El Tribunal de Justicia reiteró que el concepto “tiempo de trabajo” es todo período durante el cual el trabajador no está en período de descanso y ratificó la inexistencia de una categoría intermedia. Resolvió categóricamente que los Estados no pueden establecer las definiciones de tiempo de trabajo o tiempo de descanso, puesto que haría peligrar el efecto útil de la Directiva, esto es la protección eficaz de la seguridad y la salud de los trabajadores.

Aclarada la improcedencia del cómputo ponderado de los servicios, determinó que el límite de jornada nacional mas favorable solo actúa cuando las horas se computan de la forma establecida en la Directiva. Así, llega a la misma solución que la Decisión de fondo del Comité de Derechos Sociales de 8 de diciembre de 2004, sobre la Reclamación Colectiva nº 22/200319, si bien esta toma como base la Carta Social Europea. Como se ha señalado, “resulta poco elegante que, siendo un precedente tan evidente, no se cite tal Decisión en esta sentencia”<sup>36</sup>.

En materia de guardias y su cómputo como tiempo de trabajo los pronunciamientos son múltiples, y si bien no referidos estrictamente a personal sanitario, algunos de sus razonamientos sí son extrapolables. Así las Sentencias de los asuntos *C-374/19*<sup>37</sup>, *C-580/19*<sup>38</sup>, *C-742/19*<sup>39</sup>, *C-107/19*<sup>40</sup>, *C-214/20*<sup>41</sup> y *C-580/19*<sup>42</sup>, en las que el Tribunal realizó una configuración estricta del concepto de tiempo de trabajo en las guardias de localización, declarando que es necesaria la apreciación global de las circunstancias del caso: las consecuencias del plazo máximo de intervención y la frecuencia media de intervención. Si las limitaciones al trabajador afectan objetivamente y de manera considerable a su capacidad para administrar libremente su tiempo, debe computarse como tiempo de trabajo.

Se ratifica así que los conceptos “tiempo de trabajo” y “tiempo de descanso” son excluyentes por lo que el tiempo de guardia de un trabajador debe calificarse, bien de “tiempo de trabajo”, bien de “período de descanso”, al no existir una categoría intermedia.

En cuanto a otras caracterizaciones del tiempo de trabajo que pueden tener trascendencia en la regulación de las condiciones de trabajo del personal estatutario, la sen-

---

<sup>36</sup> MARTÍNEZ OTERO, J., Controversias jurisdiccionales en materia social en Europa. Potenciales divergencias entre el Comité Europeo de Derechos Sociales y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 14, 2º semestre, 2009, p 287

<sup>37</sup> STJUE de 9 de marzo de 2021, *D. J. y Radiotelevizija Slovenija*, asunto C-374/19. (ECLI:EU:C:2021:182)

<sup>38</sup> STJUE de 9 de marzo de 2021, *Stadt Offenbach am Main (Periode d’astreinte d’un pompier)*, asunto C-580/19 (ECLI:EU:C:2021:183)

<sup>39</sup> STJUE de 15 de julio de 2021, *K. y Republika Slovenija (Ministrstvo za obrambo)*, asunto C-742/19 (ECLI:EU:C:2021:597)

<sup>40</sup> STJUE de 9 de septiembre de 2021, *XR contra Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost*, asunto C-107/19 (ECLI:EU:C:2021:722)

<sup>41</sup> STJUE de 11 de noviembre de 2021, *MG contra Dublin City Council*, asunto C-214/20 (ECLI:EU:C:2021:909)

<sup>42</sup> STJUE de 9 de marzo de 2021, cit.

tencia de 4 de mayo de 2023<sup>43</sup> valora si la diferente configuración del trabajo nocturno para los trabajadores del sector privado y los vinculados con una Administración Pública es acorde a derecho. En el supuesto de hecho, la regulación húngara determina como jornada de trabajo nocturna 7 horas en el caso del trabajo en el sector privado, mientras la señala en 8 horas en el público, lo que considerado acorde a derecho dado que las diferencias en la regulación tienen una causa objetiva, el interés público objeto de los contratos de los funcionarios. Se valora además la existencia de otras ventajas en el ámbito público, que hacen que ambos regímenes no sean estrictamente comparables. Reitera así este pronunciamiento las consideraciones del asunto C-262/20<sup>44</sup>, por lo que sorprende que no haya sido resuelta mediante Auto. La línea de razonamiento de estas sentencias resulta interesante en cuanto a canon de interpretación de las condiciones de trabajo de los funcionarios, y, por ende, del personal estatutario. Si bien en España la estricta separación entre ambos regímenes jurídicos no hace previsible la existencia de cuestiones equivalentes, no ha de olvidarse la minoritaria persistencia de personal sanitario con vínculo laboral en nuestros servicios de salud.

### 3. Diferencia de trato entre trabajadores con vínculo temporal y con vínculo indefinido

Las vulneraciones de las cláusulas 4 y 5 del Acuerdo Marco han sido estudiadas en profundidad por el Tribunal de Justicia, dado que los incumplimientos de este instrumento, entre otros Estados Miembros, por España tienen tal trascendencia que han dado lugar a la carta de emplazamiento de 26 de marzo de 2015<sup>45</sup>. Esta, tras formulación de alegaciones, ha quedado en suspenso, sin que hasta el momento se haya interpuesto recurso por incumplimiento. El fundamento de tal carta son las denuncias de trato menos favorable de funcionarios con contrato de duración determinada en el sector público español, “para los cuales no existe ninguna justificación objetiva”. Situación similar en Italia a la que se le han requerido acciones correctoras en la carta de emplazamiento de 17 de julio de 2019. Tanto la entidad de los incumplimientos como su reiteración solo han podido ser parcialmente acotadas por los pronunciamientos del Tribunal de Justicia<sup>46</sup>.

<sup>43</sup> STJUE de 4 de mayo de 2023, varios y Glavna direktsia «Pozharna bezopasnost i zashtita na nasele-nieto» kam Ministerstvo na vatreshnite raboti, asuntos acumulados C-529/21 a C-536/21 y C-732/21 a C-738/21 (ECLI:EU:C:2023:374)

<sup>44</sup> STJUE de 24 de febrero de 2022, VB y Glavna direktsia, asunto C-262/20 (ECLI:ECLI:EU:C:2022:117)

<sup>45</sup> Carta de emplazamiento – Infracción núm. 2014/4224

<sup>46</sup> ORDÓÑEZ SOLÍS, D., El empleo público temporal en la Directiva 1999/70/CE y el ordenamiento español sobre empleo temporal, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Derecho social Internacional y Comunitario*, 127, 2017, p 281

MIRANDA BOTO, J.M, El empleo público temporal español ante el Tribunal de Justicia: crónica de un desencuentro, En: MARTÍNEZ MORENO, C. (Coord.), *El personal laboral de las Administraciones Públicas. Nuevos enfoques*, Universidad de Oviedo, 2018, p 71

Centrando el estudio en la diferencia de trato entre trabajadores sanitarios con vínculo indefinido y con vínculo temporal, se estudian principalmente los asuntos *del Cerro Alonso*<sup>47</sup>, *Małgorzata Nierodzik*<sup>48</sup>, *Pérez López*<sup>49</sup>, *Martínez Andrés*<sup>50</sup> y *Vernazaya Ayovi*<sup>51</sup>.

En *del Cerro Alonso* la diferencia de trato se abordó en relación con el devengo de trienios de personal estatutario que había prestado servicios durante doce años mediante vínculos temporales. En el momento en el que obtuvo plaza en propiedad solicitó el reconocimiento de estos períodos a efectos de trienios, y, si bien se estimó, se limitaron sus efectos a la fecha de nombramiento como personal fijo. No conforme, solicitó los trienios correspondientes al último año al entender que la limitación temporal relativa al carácter fijo del vínculo era vulneradora de la Directiva 1999/70/CE.

La primera de las cuestiones que se formuló era si la retribución resultaba comprendida dentro del concepto de “condiciones de trabajo” de la Directiva y si la prohibición de trato menos favorable para los trabajadores temporales se refería también a las condiciones económicas. El Tribunal de Justicia señaló que el artículo 4 del Acuerdo podía servir de fundamento a las pretensiones de la actora<sup>52</sup> y no admitió las alegaciones que pretendían excluir las condiciones económicas por mor del artículo 137 TCE. Se basó así en que el principio de no discriminación a los trabajadores temporales es un principio de Derecho social comunitario, y no puede ser interpretado de manera restrictiva<sup>53</sup>. Superada esta cuestión, valoró la posible existencia de “razón objetiva”, en los términos del Acuerdo Marco<sup>54</sup>, y estableció que “razones objetivas” son únicamente las

<sup>47</sup> STJUE de 13 de septiembre de 2007, *Yolanda del Cerro Alonso contra el Osakidetza-Servicio Vasco de Salud*, asunto C-307/05. (ECLI:EU:C:2007:509)

<sup>48</sup> STJUE de 13 de marzo de 2014, *Nierodzik Malgorzata contra Samodzielny Publiczny Psychiatryczny Zakład Opieki Zdrowotnej jm. Dr. Stanisława Deresza w Choroszczy*, asunto C 38/13. (ECLI:EU:C:2014:152)

<sup>49</sup> STJUE de 14 de septiembre de 2016, *Maria Elena Pérez López contra el Servicio Madrileño de Salud*, asunto C-16/15. (ECLI:EU:C:2016:679)

<sup>50</sup> STJUE de 14 de septiembre de 2016, *Florentina Martínez Andrés contra el Servicio Vasco de Salud*, asunto C 184/15. (ECLI:EU:C:2016:680)

<sup>51</sup> STJUE de 25 de julio de 2018, *Caso Gardenia Vernaza Ayovi contra el Consorci Sanitari de Terrasa*, asunto C-96/17. (ECLI:EU:C:2018:603)

<sup>52</sup> SALA FRANCO, T., Acerca de la Directiva comunitaria 1999/70, sobre el trabajo de duración determinada y de la sentencia del Tribunal de Justicia comunitario de 14 de septiembre de 2016, sobre las indemnizaciones no previstas en la normativa nacional española relativa a los contratos de trabajo temporal de los trabajadores interinos, *Derecho de las Relaciones Laborales*, 3, 2017, p 217 a 225

<sup>53</sup> OCAÑA ESCOLAR, L., La doctrina del TJUE sobre la Directiva 1999/70 y el colectivo de empleados públicos, *Revista Andaluza del Trabajo, Temas Laborales*, 118, 2013, p. 203-215

GÓMEZ MUÑOZ, J.M., No discriminación de trabajadores temporales y concesión de primas de antigüedad, En: GÁRATE CASTRO, F.J. (Dir.) *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles. Estudios ofrecidos a M<sup>a</sup> Emilia Casas Baamonde*, Universidad de Santiago de Compostela, 2020, p 265 a 272

<sup>54</sup> PALOMINO SAURINA, P., ¿Es discriminatorio para el trabajador no reconocerle los trienios correspondientes al tiempo que ha trabajado como personal estatutario temporal?”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 15, 2007, P 3040

MIRANDA BOTO, J., El pésimo encaje del empleo público español en la Directiva 1999/70/CE. Una primera aproximación a tres sentencias y un auto recientes, *Derecho de las Relaciones Laborales*, 9, 2016

circunstancias específicas y concretas que caracterizan una determinada actividad, no las disposiciones que la regulen. Refrendó así su doctrina sobre el principio general de igualdad, e incluso aprovechó la fortaleza de la “constitucionalización” de este como palanca para ampliar su alcance<sup>55</sup>.

En Derecho interno español este fallo dio lugar a una modificación legal que reconocía el derecho del personal temporal a estas retribuciones, si bien limitado a su fecha de entrada en vigor. Tal limitación fue controvertida hasta las sentencias de los asuntos *Gavieiro Gavieiro*<sup>56</sup> y *Regojo Dans*<sup>57</sup>, en los que se resolvió que la referencia a la naturaleza temporal de la relación de servicio del personal de la administración no constituye por sí sola razón objetiva, determinando el derecho al percibo con la limitación derivada del tiempo máximo de transposición de la Directiva<sup>58</sup>.

El asunto *Malgorzata Nierodzik*<sup>59</sup> estudió el régimen de preaviso para la resolución del contrato en un Estado Miembro cuya norma interna establecía la posibilidad de extinguir un contrato de trabajo mediando un preaviso de duración diferente según el vínculo fuese indefinido o temporal. El Tribunal de Justicia realizó un concienzudo análisis de la naturaleza del período de preaviso, entendiéndolo comprendido en el concepto “condiciones de trabajo” y resolviendo que el supuesto constituía una diferencia de trato proscrita por la Directiva<sup>60</sup>.

<sup>55</sup> MARTINEZ SIERRA, J.M.; FERRER MARTÍN DE VIDALES, C., La igualdad ante la ley en la doctrina del TJUE, *Estudios de Deusto, Universidad de Deusto*, vol. 65, 2, julio-diciembre, 2017, p 211-245

<sup>56</sup> STJUE de 22 de diciembre de 2010, cit)

<sup>57</sup> STJUE de 9 de julio de 2015, *María José Regojo Dans contra el Consejo de Estado*, asunto C- 177/14. (ECLI:EU:C:2015:450)

<sup>58</sup> GÁRATE CASTRO, J., La actividad de los jueces españoles como factor de impacto sobre el Derecho del Trabajo español de los fallos del Tribunal de Justicia resolviendo peticiones de decisiones prejudiciales en asuntos afectados por normas de política social: cambios normativos, inaplicación de preceptos e interpretaciones conformes, *Revista Galega de Dereito Social*, 9, 2019, p 57 y ss.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., Sobre el momento y los límites del derecho de los funcionarios interinos a la percepción de los trienios, En: GÁRATE CASTRO, F.J. (Dir.), *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles. Estudios ofrecidos a M<sup>a</sup> Emilia Casas Baamonde*, Universidad de Santiago de Compostela, 2020, p 273 a 279

DE LOS REYES MARTÍNEZ BARROSO, M. (2020), Personal eventual de las administraciones públicas y derecho a trienios, En: GÁRATE CASTRO, F.J. (Dir.), *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles. Estudios ofrecidos a M<sup>a</sup> Emilia Casas Baamonde*, Universidad de Santiago de Compostela, 2020, p 313 a 320

DE SANDE PÉREZ BEDMAR, M., Reconocimiento de trienios a funcionarios interinos; el caso Gavieiro y otro, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Derecho social Internacional y Comunitario*, vol 102, 2013, p 237

<sup>59</sup> STJUE de 13 de marzo de 2014, cit.)

<sup>60</sup> CARAZO LIÉBANA, M.J., El Tribunal de Justicia de la Unión Europea como actor de constitucionalidad: sobre la interpretación del derecho a la no discriminación en el trabajo y sus consecuencias, *Revista Estudios Deusto, Universidad de Deusto*, Vol. 65, 1, Enero-Junio, 2017, p 45-71

PÉREZ REY, J., La contratación de duración determinada. Directiva 1999/70/CE, del Consejo de 28 de junio de 1999, En: GARCÍA PERROTE-ESCARTÍN, I. (Coord.), *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, 2ª ed., Francis Lefebvre, 2019, p 653 a 695

En *Pérez López*<sup>61</sup> se enjuició la situación de una enfermera que prestaba servicios mediante contratos temporales cuya causa era la “realización de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria”, y como objeto “garantizar la atención asistencial”. Esta sucesión de vínculos se prolongó más de cuatro años, momento en el cual se le cesó. Antes de la efectividad del cese se le notificó nuevo nombramiento, y no conforme acciona tanto frente al cese como frente al nuevo nombramiento, alegando lo estructural de los servicios y el fraude de ley de sus nombramientos.

El Tribunal remitente entendía que la norma interna no contenía medidas que limitasen la utilización de sucesivos contratos de duración determinada, por lo que consideraba que podía ser contrario a la Directiva 1999/70/CE. Se cuestionaba además si la ausencia de indemnización, que sí tenía el personal laboral temporal, podía ser contraria al principio de igualdad. Se pretendía valoración sobre la posible vulneración por la norma interna de las previsiones de la Directiva, dado que ni establecía estricta causalidad para la contratación temporal, ni determinaba duración máxima, y dejaba a la voluntad de la Administración la creación de una plaza estructural. Solicitaba también el parecer del Tribunal sobre la obligatoriedad de transformar el vínculo en interinidad.

El Tribunal sentenció que ante la utilización abusiva de contratos de duración determinada es indispensable la existencia de medidas que ofrezcan garantías de protección efectiva de los trabajadores, que sancionen dicho abuso y eliminen las consecuencias de la infracción. Dispuso que una norma nacional que autoriza de manera general y abstracta la utilización de sucesivos contratos de trabajo temporales no se ajusta a las exigencias de la Directiva, pero en un sorprendente análisis, interpretó que la norma española no realiza una autorización ilimitada de la contratación temporal, sino que la limita a la cobertura de necesidades temporales<sup>62</sup>. Dictaminó que no puede admitirse que nombramientos de duración determinada puedan renovarse ilimitadamente para desempeñar funciones estructurales, dado que en tal situación dichas contrataciones pasan a tener un carácter permanente y estable, y, por tanto, a ser contrarias a la cláusula 5 del Acuerdo Marco<sup>63</sup>.

La última cuestión planteaba la posible discriminación entre los ceses del personal estatutario y del personal laboral, ambos temporales, con ausencia de indemnización para los primeros e indemnización de doce días año para los segundos. El Tribunal de

---

<sup>61</sup> STJUE de 14 de septiembre de 2016, cit.)

<sup>62</sup> ROJO TORRECILLA, E., El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el impacto de su reciente jurisprudencia en la regulación de la contratación temporal en España y el derecho a indemnización por extinción del contrato (notas a tres sentencias y tres autos), *Lan Harremanak*, 36, I, 2017, p 36

<sup>63</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.; CASAS BAAMONDE, M.E., La igualdad de trato en la contratación temporal, el derecho de los trabajadores interinos a indemnización por finalización de su contrato por “causa objetiva”, y los encadenamientos abusivos de contratos y relaciones de servicios temporales en las Administraciones Públicas españolas. Las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016, *Derecho de las Relaciones Laborales*, 9, 2016, p 838 y sig.

BLASCO PELLICER, A., Contratos temporales sucesivos en las administraciones públicas, En: GÁRATE CASTRO, F.J. (Dir.) *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles*, Estudios ofrecidos a M<sup>a</sup> Emilia Casas Baamonde, Universidad de Santiago de Compostela, 2020, p 327

Justicia estableció que no son situaciones comparables y que resulta al margen de la Directiva, por lo que se remitió a la apreciación del Tribunal interno, limitándose a verificar la existencia de criterios objetivos y no arbitrarios, pero con un amplio margen para la justificación de la diferencia de trato<sup>64</sup>.

Lo más sorprendente de esta resolución es que no se beneficia de la corriente de razonamiento proactiva derivada del asunto *De Diego Porras*, ya que el Tribunal de Justicia no se considera competente para pronunciarse sobre la diferencia de trato entre los trabajadores temporales y los estatutarios temporales. “Si el razonamiento hubiera sido paralelo al de *De Diego Porras*, lo que habría procedido sería hallar el trabajador con contrato de trabajo indefinido comparable y someterle al mismo test por el que pasó el interino. Aquí, sin embargo, no se siguió, sino que se zanjó el asunto de forma tajante”<sup>65</sup>.

En el asunto *Martínez Andrés*<sup>66</sup>, se estudió la extinción de la relación de personal estatutario temporal en el marco de una sucesión de contratos que el Tribunal interno considera abusiva. Se planteaba la transformación en indefinida, si bien con las limitaciones de acceso a la función pública del derecho interno, y la creación jurisprudencial del Tribunal Supremo del vínculo de indefinido no fijo de plantilla. Se cuestionaba la conformidad a la Directiva de la ausencia de reconocimiento para el personal estatutario y funcionario, temporal, del derecho al mantenimiento de su relación de servicio, mientras que este derecho se reconoce a los trabajadores indefinidos no fijos laborales. Sugería así la aplicabilidad del principio de equivalencia entre las relaciones laborales y funcionariales y si en virtud del principio de efectividad se debía decidir en el propio procedimiento la sanción a los posibles incumplimientos o si se derivaba a un nuevo proceso.

El Tribunal de Justicia reiteró la obligatoriedad de los Estados Miembros de adoptar, al menos, una de las medidas que establece la cláusula 5.1 del Acuerdo Marco en supuestos de uso sucesivo de contratos temporales. Señaló que la cláusula 5.2 no impone la obligación de transformar los vínculos temporales fraudulentos en vínculos indefinidos, pero de no existir tal obligación, impone la necesidad de contar con otra medida efectiva para sancionar el abuso de la temporalidad. Derivó al órgano jurisdiccional remitente la valoración de las medidas internas para prevenir y sancionar la utilización abusiva de contratos temporales, pero realizó ciertas orientaciones. Así, de entenderse que no existen medidas para evitar o sancionar la actuación abusiva del empleador, “tal situación podría menoscabar el objetivo y el efecto útil del acuerdo”, y por consiguiente deberá adoptar las medidas adecuadas para garantizar la observancia de la cláusula 5.1. Para ello debe cerciorarse de que todos los trabajadores con contrato de duración determinada,

---

<sup>64</sup> MARTÍNEZ SIERRA, J.M. y FERRER MARTÍN DE VIDALES, C., op cit. 2017, p 211-245

SUÁREZ CORUJO, B., El fraude en el trabajo de duración determinada en las administraciones públicas españolas, según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Revista Española de Derecho Europeo*, 61, 2017, p 3 y sig.

<sup>65</sup> MIRANDA BOTO, J.M., op cit, 2017, p 326-327

<sup>66</sup> STJUE de 14 de septiembre de 2016, cit.)

con independencia de la calificación jurídica interna de su vínculo<sup>67</sup>. puedan conseguir la aplicación a sus empleadores de sanciones.

La novedad de esta sentencia es el considerar que la asimilación de este personal a los trabajadores indefinidos no fijos, “podría ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción de lo dispuesto en el Acuerdo Marco”.

En el asunto *Vernaza Ayovi*<sup>68</sup>, se valoraban las consecuencias del despido disciplinario de una enfermera con vínculo indefinido no fijo. La normativa española señala el derecho del personal laboral fijo a optar entre readmisión o indemnización en los supuestos de despido improcedente, derecho que no tiene el personal con vínculo temporal. Se requería al Tribunal que estableciera si dentro del concepto de condiciones de trabajo del Acuerdo Marco se encuentran las consecuencias del despido improcedente y si la previsión nacional era discriminatoria. En *Malgorzata Nierodzik*, ya se había establecido que las condiciones del cese están incluidas dentro del concepto de “condiciones de trabajo”, por lo que este aspecto no fue discutido.

El Tribunal de Justicia insistió en que la cláusula 4 del Acuerdo Marco expresa un principio del Derecho Social de la Unión, por lo que no puede interpretarse de manera restrictiva, y toda diferencia de trato deberá justificarse en razones objetiva. La sentencia se limitó a la aplicación del principio de no discriminación, y señaló la necesidad de proceder a una comparación con trabajadores con vínculo indefinido equivalente, valoración que derivó al Tribunal remitente. En cuanto a las posibles razones objetivas, señaló que la regla general interna respecto al despido improcedente es la opción a favor del empresario entre readmisión o abono de indemnización, por lo que la previsión para el personal laboral de la Administración constituye una excepción. El Estado español la justificó en el sistema de acceso a la condición de personal laboral fijo de una Administración, con respeto a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, entendiéndose que la readmisión en caso de despido improcedente es en garantía de la estabilidad y la permanencia asociada a las expectativas generadas con la superación de un proceso selectivo. Esta justificación fue admitida como objetiva, razonable y transparente, por lo que no infringe la Directiva, criterio que no ha sido compartido por toda la doctrina<sup>69</sup>.

En el asunto *Sánchez Ruíz*<sup>70</sup>, se sometió al Tribunal de Justicia la situación del personal estatutario temporal que ve prorrogada anualmente su prestación de servicios, manteniendo así la temporalidad pese a acreditarse lo estructural de sus funciones. La sucesión de contratos temporales abarcaba más de diecisiete años y se solicitaba se resol-

<sup>67</sup> MOLINA NAVARRETE, C. La indemnización extintiva de los interinos (y demás temporales): ¿fin de la historia o nuevo capítulo sin fin?, *Revista CEF*, 424, 2018

<sup>68</sup> STJUE de 25 de julio de 2018, cit.)

<sup>69</sup> SANGUINETI RAYMOND, W., La controvertida no readmisión de los trabajadores indefinidos no fijos, En: GÁRATE CASTRO, F.J. (Dir.), *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles. Estudios ofrecidos a M<sup>a</sup> Emilia Casas Baamonde*, Universidad de Santiago de Compostela, 2020, p 391

<sup>70</sup> STJUE de 19 de marzo de 2020, *Domingo Sánchez Ruiz* (C103/18), *Berta Fernández Álvarez y otras* (C429/18) *contra Comunidad de Madrid (Servicio Madrileño de Salud)*. (CLI:EU:C:2020:219)

viese sobre su acomodo al artículo 5 del Acuerdo Marco. Se requería valoración sobre si era motivación objetiva que los contratos de sustitución obedecieran a causas reales, o si su prórroga múltiples años modificaba la necesidad cubierta de temporal a permanente, por defecto estructural de plantilla. Se debía valorar el acomodo al Acuerdo Marco de la prórroga indefinida sin convocatoria para la cobertura reglamentaria, así como si la ausencia de normas disuasorias de la contratación abusiva temporal puede ser suplida por el Juez nacional sancionando tal abuso, señalando entre las posibles sanciones la transformación del vínculo en indefinido o fijo.

El Tribunal de Justicia examinó si el mantenimiento del empleado público en la plaza vacante se debía al incumplimiento por el empleador de su obligación de organizar un proceso selectivo para proveer definitivamente la plaza vacante. La respuesta derivó al órgano jurisdiccional nacional apreciar si la organización de procesos selectivos destinados a proveer definitivamente las plazas provisionales de los empleados públicos temporales, la transformación de tales vínculos en “indefinidos no fijos” y la concesión de una indemnización equivalente a la abonada en caso de despido improcedente constituyen medidas adecuadas para prevenir y sancionar los abusos.

Precisó la interpretación del Acuerdo Marco en caso de utilización abusiva de sucesivas relaciones temporales, valorando si el que el empleado público haya consentido el establecimiento o la renovación de estas priva de carácter abusivo al comportamiento del empleador. Se pretendía de esta forma atacar los usos torticeros del régimen de contratación temporal, pero la resolución del Tribunal de Justicia, no resolvió las cuestiones planteadas con la profundidad y rotundidad que hubiera sido deseable.

En el asunto *C-103/19*<sup>71</sup>, el procedimiento versaba sobre la transformación en contratos de interinidad de 9.126 plazas de trabajadores temporales que cubrían necesidades estructurales de la Administración, siendo el fin del proceso su inclusión en OPE y el cese de los vínculos temporales. La duda era el acomodo de esta actuación a la cláusula 5, ya que se permitía que el abuso en la contratación temporal nunca fuera sancionado. Entendía que se incumplían los objetivos de la Directiva y se perpetuaba la situación desfavorable de los empleados estatutarios temporales, al no ofrecer con la transformación garantías de protección a los afectados, no sancionar el abuso ni eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión.

El remitente no consideraba la transformación del vínculo en contrato de interinidad medida efectiva para evitar y sancionar la utilización abusiva de contratos de trabajo de duración determinada, y entendía que se estaba eludiendo la aplicación y cumplimiento de los objetivos de la Directiva.

Este procedimiento se suspendió hasta la sentencia *Sánchez Ruiz y otros (C103/18 y C429/18 acumulados)*<sup>72</sup>, pero una vez dictada esta se mantuvo. El Tribunal resolvió mediante Auto, recordando que la estabilidad en el empleo es un componente primor-

---

<sup>71</sup> ATJUE de 2 de junio de 2021 *Sindicato Único de Sanidad e Higiene de la Comunidad de Madrid y Sindicato de Sanidad de Madrid de la CGT/Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid*, asunto C-103/19. (ECLI:EU:C:2021:460)

<sup>72</sup> STJUE de 19 de marzo de 2020, cit.)

dial de la protección de los trabajadores y que los contratos de trabajo de duración determinada solo pueden responder a necesidades concretas, y reiteró que la cláusula 5 del Acuerdo Marco no establece sanciones específicas en caso de abuso. Los Estados Miembros deben adoptar medidas para garantizar su plena eficacia. Recordó lo indispensable de las medidas que sancionen el abuso en la temporalidad y eliminen las consecuencias de la infracción, pero recaló que no corresponde al Tribunal de Justicia la interpretación del Derecho interno.

Sí aportó precisiones en la interpretación conforme de la norma, y señaló que los puestos creados serían provistos mediante nombramientos que seguirían siendo de naturaleza temporal, por lo que la precariedad de los trabajadores se convertiría en permanente. Concluyó que la norma nacional que permite la renovación sucesiva de relaciones de servicio temporales para garantizar la prestación de servicios no se justifica por “razones objetivas”, y no resulta adecuada para prevenir la utilización abusiva de relaciones de servicio de duración determinada, no la sanciona ni elimina las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión. Máxime cuando los procesos de estabilización estaban abiertos a candidatos ajenos al abuso y no conferían a los afectados ninguna garantía de adquirir la condición de personal estatutario fijo, por lo que no constituyen medidas de sanción del abuso de relaciones temporales, además, su aplicación no tiene efectos negativos para el empleador.

El Auto del asunto *SESCAM*<sup>73</sup>, tuvo como base el Acuerdo Marco, pero también las Directivas sobre tiempo de trabajo, al enjuiciar si la exención de guardias médicas por motivos de edad únicamente para los trabajadores indefinidos vulneraba la Directiva. El Tribunal de Justicia concluyó en Auto que era una cuestión ya resuelta, al no existir duda de la inclusión en el concepto de “condiciones de trabajo” sin que concurra razón objetiva que ampare la diferencia de trato. Determinó así que se opone a la Directiva que el derecho de exención de guardias se concede a los trabajadores con contrato de duración indefinida y no a los trabajadores con contrato de duración determinada.

También denominado *SESCAM*, el asunto C-151/21<sup>74</sup>, nuevamente resuelto mediante Auto, recoge el supuesto del personal sanitario indefinido que presta, con carácter temporal, funciones propias de una categoría superior, y la incidencia de tal situación en el devengo de las percepciones salariales vinculadas a la antigüedad. La resolución de este asunto deja clara la exclusión del supuesto de la regulación del Acuerdo Marco, dado que el vínculo del trabajador tiene naturaleza fija, con independencia del desarrollo temporal de funciones propias de una categoría superior.

En el asunto C-942/19<sup>75</sup> la plaza de la trabajadora estatutaria era indefinida, y la pretensión era la excedencia voluntaria por prestación de servicios en otra Administración para ejercer como personal temporal docente. La denegación del Servicio de Salud

---

<sup>73</sup> ATJUE de 13 de diciembre de 2021, *KQ frente a Servicio de Salud de Castilla-la Mancha*, asunto C-226/21, (ECLI:EU:C:2021:1010)

<sup>74</sup> ATJUE de 13 de diciembre de 2021, *Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (Sescam) contra BF*, asunto C-151/21, (ECLI:EU:C:2021:1005)

<sup>75</sup> STJUE de 3 de junio de 2021, *Servicio Aragonés de Salud contra LB*, asunto C-942/19 (ECLI:EU:C:2021:440)

se basa en el carácter temporal del nuevo puesto a desarrollar, y la argumentación de la demandante en entender que tal denegación vulnera los principios de igualdad y no discriminación previstos en la Directiva. Se solicitaba pronunciamiento sobre si el diferente trato de la norma interna, en virtud de la duración del vínculo, era contrario al principio de no discriminación. Con carácter previo se debía valorar si es “condición de trabajo” el derecho al reconocimiento de una determinada situación administrativa, y como posible razón objetiva para la diferencia de trato la inestabilidad de las plantillas orgánicas que prestan asistencia sanitaria. Se preguntaba sobre la validez de la denegación de una concreta situación de excedencia a quienes obtengan un puesto temporal, aunque no a quienes tengan vínculo fijo, partiendo de que esta situación es más beneficiosa que las situaciones alternativas. La sentencia declaró la incompetencia del Tribunal de Justicia para conocer el asunto, dado que el Acuerdo Marco únicamente se aplica a los trabajadores con relación laboral de duración determinada.

Si bien no referidos estrictamente a trabajadores estatutarios, ciertos pronunciamientos del Tribunal de Justicia podrían llegar a tener incidencia en el ámbito sanitario, dado que las argumentaciones contenidas en estos resultan extrapolables a situaciones de éste. Un ejemplo de ello es el Auto de 7 de abril de 2022<sup>76</sup>. Si bien no resulta novedoso su pronunciamiento, por ello su resolución mediante Auto, reitera de forma tajante la imposibilidad de retribuir de forma diferenciada al personal de la Administración con vínculo temporal y con vínculo indefinido. Lo mismo ocurre con el Auto de 18 de mayo de 2022<sup>77</sup>, nuevamente ajeno al personal estatutario, pero con razonamientos aplicables a este colectivo. En este asunto se enjuicia si la existencia de una compensación para fomentar la formación continua del personal docente y mejorar sus competencias profesionales tiene carácter de condición de trabajo a los efectos del Acuerdo Marco y, en su caso, si la no concesión a los trabajadores con vinculo temporal es acorde a derecho. La contestación es negativa, como no podía ser de otra manera.

En la sentencia de 30 de junio de 2022, asunto *C-192/21*<sup>78</sup> se valoran los efectos que en el grado personal deben tener los tiempos trabajados como interino, teniendo en cuenta que el grado personal tiene anudados efectos económicos. En el supuesto de hecho el funcionario tenía atribuido un superior grado personal en el puesto ocupado con carácter interino que en el puesto del que, tras la superación del consiguiente proceso selectivo resulto adjudicatario, y solicita se le considere consolidado el ejercido con carácter temporal. El Tribunal de Justicia entiende que el trato al actor, como personal con vínculo temporal es peor que el que se le hubiera otorgado de ser personal con vínculo indefinido, entendiéndose por tanto vulnerado el Acuerdo Marco, al no poder acreditar la existencia de razones objetivas justificativas de la diferencia de trato.

<sup>76</sup> ATJUE de 7 de abril de 2022, VP y otros contra Elliniko Dimosio, asunto C-133/21 (ECLI:EU:C:2022:294)

<sup>77</sup> ATJUE de 18 de mayo de 2022, UC contra Ministero dell'istruzione, asunto C-450/21 (ECLI:EU:C:2022:411)

<sup>78</sup> STJUE de 30 de junio de 2022, *D.C. contra Comunidad de Castilla y León (Dirección General de la Función Pública)*, asunto C 192/21 (ECLI:ECLI:EU:C:2022:513)

Tras esta serie de sentencias, claramente expansivas en la interpretación del Acuerdo Marco, resulta sorprendente la resolución de los asuntos acumulados *C-40/20* y *C-173/20*<sup>79</sup>, en los que se declara acorde a derecho el establecimiento de unos contratos de investigación temporales, sin justificación de la temporalidad. Este supuesto es extrapolable a los contratos de investigadores estatutarios, por lo que podría tener incidencia futura en la configuración de la figura y sus contornos, permitiendo contratos temporales sin necesidad de acreditar una causa que los justifique. En esta sentencia el único apartado de la regulación que no se consideró acorde al derecho de la Unión es el relativo a la exclusión de los investigadores temporales acreditados con habilitación científica para someterse a evaluación con vistas a su inclusión en las listas de profesores asociados, en contraposición a los investigadores indefinidos, a los que se les permite.

La conclusión de esta serie de pronunciamientos es que el Tribunal de Justicia está tendiendo a una cierta aplicación horizontal de la Directiva 1999/70/CE, sistema que en algunos supuestos los Tribunales internos han decidido secundar. Como se ha señalado<sup>80</sup> este “activismo judicial”, genera un considerable nivel de inseguridad jurídica, si bien también es cierto que permite superar el inmovilismo interno.

Precisamente de ese inmovilismo interno se deriva la continuidad en la formulación de decisiones prejudiciales en esta materia, mediante las cuales los órganos judiciales internos parecen querer forzar las respuestas que entienden necesarias para superar las disfunciones del sistema de derecho del personal público interno. Así, se observa en los recientes planteamientos de cuestiones prejudiciales el intento de los tribunales remitentes de “iluminar” al Tribunal de Justicia en sus pronunciamientos, con miras a que estos sean más ambiciosos. Ejemplo de esta situación es el planteamiento de la cuestión prejudicial del asunto *C 464/21*<sup>81</sup>, mediante la cual el órgano judicial remitente pretendía forzar una declaración en relación con la figura del contrato indefinido no fijo de plantilla, al entender que no es remedio al fraude en la temporalidad, dado que supone transformar un contrato temporal en otro contrato temporal. Tal intento se vio frustrado, al resolver el Tribunal de Justicia mediante Auto que el concepto de trabajador con contrato de duración determinada del Acuerdo Marco, engloba a todos los trabajadores, sin establecer diferencias en función del carácter público o privado del empleador para el que trabajan y con independencia de la calificación de su contrato en Derecho interno.

Lo que resulta innegable es que de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se deriva una tendencia expansionista de los derechos del personal con vínculo temporal, dado que diversos privilegios del personal indefinido han ido decayendo en aras al prin-

<sup>79</sup> STJUE de 15 de diciembre de 2022, Presidenza del Consiglio dei Ministri y otros, asuntos *C-40/20* y *C-173/20* (ECLI:EU:C:2022:985)

<sup>80</sup> MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., Alcance general y excepcional aplicación horizontal de las Directivas de la Unión Europea en el ámbito laboral, En: MARTÍNEZ MORENO, C. (Coord.), *El personal laboral de las Administraciones Públicas. Nuevos enfoques*, Universidad de Oviedo, 2018, P 101

NAVARRO NIETO, F., El principio de igualdad y no discriminación en la reciente jurisprudencia comunitaria, *Temas Laborales*, 130, 215, P 88

<sup>81</sup> ATJUE de 26 de abril de 2022, *QL contra Universitat de Barcelona*, Asunto *C-464/21* (ECLI:EU:C:2022:337)

cipio de igualdad que el Acuerdo Marco contempla. En este sentido, los recientes autos del Tribunal<sup>82</sup> dejan clara tal tendencia. Pero, sorprendentemente, transcurridos más de treinta años de vigencia del Acuerdo Marco, siguen surgiendo cuestiones interpretativas sobre su vigencia, sobre todo en el ámbito del empleo público. Así, actualmente están pendientes de resolución, al menos, las siguientes cuestiones prejudiciales, todas ellas formuladas por órganos judiciales españoles, sobre diversos aspectos del empleo público español: cuestión prejudicial formulada por el TSJ de Galicia el 6 de junio de 2023<sup>83</sup>, referida a la figura del indefinido no fijo de plantilla, y por ello sin incidencia en el ámbito sanitario; cuestión formulada el 12 de mayo de 2022 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 17 de Barcelona<sup>84</sup>, en el que una interina de larga duración insta la exclusión de su plaza de una convocatoria para la cobertura definitiva de la misma y tal petición es inicialmente estimada, planteándose si la aprobación de la Ley 20/21<sup>85</sup> es acorde a las previsiones del Acuerdo Marco o si supone una infracción del mismo por no establecer medidas que sancionen la temporalidad irregular en el ámbito del empleo público, dando lugar a la transformación en indefinidas de tales relaciones temporales; cuestión formulada el 21 de diciembre de 2021 por el TSJ de Madrid, sala social<sup>86</sup>, sobre la naturaleza jurídica de la figura del indefinido no fijo de plantilla y su acomodo a la Directiva 1999/70/CE; cuestión de 22 de diciembre de 2021 del TSJ de Madrid, sala social<sup>87</sup>, que pivota sobre la consideración de que no existen medidas suficientemente disuasorias en el derecho interno español de la reiteración de los vínculos temporales en el empleo público y la cuestión prejudicial C-159/22 formulada nuevamente por el TSJ de Madrid, sala social, el 3 de febrero de 2022<sup>88</sup>, que plantea si la legislación española contiene medidas suficientemente disuasorias frente a la reiteración de contrataciones temporales en el ámbito del empleo público.

#### 4. Conclusiones

Las especiales complejidades del ámbito sanitario son valoradas en los pronunciamientos del Tribunal de Justicia, y la trascendencia del sector sanitario se constata en la multiplicidad de alegaciones de los Estados Miembros en las decisiones prejudiciales de este ámbito.

La afectación de la normativa nacional por resoluciones del Tribunal de Justicia, en la mayoría de los casos derivadas de transposiciones limitadas, parciales y tardías es muy significativa en el caso español. Así los pronunciamientos del Tribunal de Justicia

---

<sup>82</sup> ATJUE de 18 de mayo de 2022, *UC contra Ministero dell'istruzione*, Asunto C-450/21 (ECLI:EU:C:2022:411)

<sup>83</sup> Recurso de suplicación 1494/21

<sup>84</sup> C-331/22 - DG de la Función Pública, Generalitat de Catalunya

<sup>85</sup> Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público. BOE núm. 312, de 29/12/2021.

<sup>86</sup> IP / Universidad Nacional de Educación a Distancia, asunto C-110/22

<sup>87</sup> MP / Consejería de Presidencia, asunto C-59/22

<sup>88</sup> IK / Agencia Madrileña de Atención Social de la Comunidad de Madrid, asunto C-159/22

han supuesto una verdadera revolución, con modificaciones de gran calado, no solo interpretativas sino también normativas.

Precisamente por esta trascendencia, resulta sorprendente lo escaso de la utilización del recurso a las exclusiones expresas del ámbito de las Directivas en liza. Es este, junto con lo limitado del recurso al sistema de “*opting out*”, uno de los pocos ámbitos en los que se constata el respeto al Ordenamiento de la Unión Europea aplicable al personal estatutario.

Las interpretaciones del Tribunal de Justicia tienen un carácter extensivo, producen efectos no basados en Directivas, sino que tienen como base los propios textos constitutivos. Dada la permanente búsqueda por los Estados Miembros de medidas de flexibilización de jornada y de soluciones creativas para lograr incrementar los tiempos de trabajo de este colectivo, su trascendencia es esencial. Este carácter extensivo se acredita en el régimen del personal médico en formación, excluido del ámbito de aplicación de la Directiva, pero sometido a la misma por el Tribunal de Justicia, al establecer que las Directivas son desarrollos de las previsiones del TFUE. Dada la incidencia que del Ordenamiento comunitario y la interpretación del Tribunal de Justicia de los cómputos de trabajo, con la correlativa necesidad de ampliar plantillas, la búsqueda por las Administraciones Públicas de tiempos de trabajo que pudieran quedar al margen del cómputo global de jornada solo ha podido ser limitada por esta vía.

La permanente vulneración del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada y la reincidencia en el establecimiento de criterios discriminatorios entre el personal con vínculo fijo y con vínculo temporal es un vicio que la Administración española, entre otras, se empeña en reiterar. Como en muchos otros aspectos, la normativa de la Unión Europea se ha adelantado a la nacional en el régimen del personal estatutario, evidencia de ello son las adaptaciones forzadas por los pronunciamientos del Tribunal de Justicia.

La patológica utilización española del recurso a la contratación temporal es una distorsión significativa del sistema. Las justificaciones pivotan entre las referidas al equilibrio financiero, las limitaciones a la contratación durante la época de la crisis financiera y el carácter prioritario del Derecho a la Salud, pero con independencia de la argumentación que se utilice, la precariedad en este sector persiste. Si bien en la mayoría de los casos sometidos al Tribunal de Justicia se ha estimado la correspondiente cuestión prejudicial, considerando que la práctica o regla estatal cuestionada era contraria al Ordenamiento Europeo, y pese a lo reiterado de las condenas, la coyuntura no ha mejorado.

La sucesión de pronunciamientos condenatorios en esta materia ha dado lugar por parte de la Administración española a modificaciones en los vínculos tendentes a “adornar” el incumplimiento de las previsiones de la cláusula 5 del Acuerdo Marco. Así, el recurso mayoritario ha sido la creación de plazas estructurales con transformación de los vínculos temporales en vínculos de interinidad. Pero este sistema ya había sido criticado expresamente por el Tribunal de Justicia, al constatar que supone sustituir un vínculo temporal por otro igualmente temporal.

La realidad es que desde el derecho interno no se han establecido sistemas reales de consolidación que permitan superar el abusivo recurso a la temporalidad en el colectivo, ni se han tomado las medidas perfiladas por la cláusula 5 del Acuerdo Marco.

La Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público ha pretendido la superación de esta situación, pero el hecho de que su disposición final segunda mantuviese la vigencia de la *vacatio legis* de un año contemplada en la disposición final segunda del Real Decreto Ley 14/21 no es un comienzo muy prometedor para este proceso.

Las diversas Comunidades Autónomas han convocado procesos de consolidación en relación con su personal estatutario, pero las dudas que el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 17 de Barcelona ha expresado en la cuestión prejudicial del asunto C-331/22 tienen plena vigencia en el momento actual:

¿Infringen los procesos de consolidación la cláusula quinta del Acuerdo Marco al dejar de sancionar los abusos producidos respecto de los empleados públicos temporales que hayan superado dichos procesos selectivo, cuando la superación de dicho proceso selectivo no es una medida sancionadora?

¿La omisión legislativa de no contemplar una conversión en contrato indefinido de una sucesión de contratos de trabajo de duración determinada o de prolongación abusiva de un contrato temporal, infringe la cláusula 5 del Acuerdo Marco?

La doctrina del Tribunal Supremo conforme a la cual la sanción una situación de abuso de temporalidad puede consistir simplemente en mantener al empleado público víctima del abuso en el régimen de precariedad hasta que la Administración empleadora determine si existe una necesidad estructural y convoque los correspondientes procesos selectivos, ¿infringe la cláusula quinta del Acuerdo Marco?.

La resolución de esta cuestión prejudicial resultará imprescindible para determinar la configuración futura del personal estatutario.

# Desafíos en materia de desempleo en la reforma de los Reglamentos de la UE sobre Seguridad Social

## Unemployment challenges in the EU Social Security

José Manuel Pazó Argibay\*

*Profesor Asociado (Dr.) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

*Universidad de Santiago de Compostela*

ORCID ID: 0000-0003-3718-0247

Recibido: 8/8/2023

Aceptado: 17/10/2023

doi: 10.20318/labos.2024.8400

*Resumen:* La regulación de la protección por desempleo en el Derecho de la Unión Europea se ha configurado sobre una técnica de coordinación que no actúa sobre el contenido de cada una de las legislaciones nacionales en busca de una legislación uniforme, sino en el establecimiento de unas reglas de actuación que acomodan dichas regulaciones nacionales con la garantía de la libre la circulación de trabajadores. No obstante, pese al esfuerzo regulador, estas disposiciones presentan en ocasiones ciertas disfunciones. Este trabajo se adentra en el estudio de las disposiciones particulares aplicables a la prestación por desempleo contenidas en los Reglamentos de coordinación y sus propuestas de modificación, poniendo de relieve aquellos aspectos que suscitan mayor controversia y una mayor complejidad a la hora de su aplicación.

*Palabras clave:* Desempleo, Seguridad Social, Unión Europea, coordinación.

*Abstract:* Unemployment regulation in European Union has been configured on a coordination technique that doesn't act on the content of each of the national legislations searching an uniform legislation, but setting rules to accommodate national regulations with the guarantee of free movement of workers. Despite the regulatory effort, these provisions sometimes present certain dysfunctions. This work analyzes the particular provisions applicable to unemployment benefits contained in the EU Regulation and their modification proposals, highlighting most controversial aspects and proposing alternatives to improve them.

*Keywords:* Unemployment, Social Security, European Union, coordination.

---

\*Este trabajo forma parte de los resultados del proyecto de investigación PID2021-122254OB-I00 “La incidencia del derecho de la Unión Europea en las futuras reformas laborales”, concedido y financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER).

## 1. Introducción

La regulación de la protección por desempleo en el Derecho de la Unión Europea se ha construido sobre la base de una técnica de coordinación que no actúa sobre el contenido de cada una de las legislaciones nacionales en busca de una legislación uniforme<sup>1</sup>. Su misión es el establecimiento de una serie de reglas de actuación sobre aquellas cuestiones cuyo conflicto aplicativo pueda afectar o condicionar la libre circulación de los trabajadores. Esta es, en definitiva, la finalidad última de este corpus normativo, evitar que el desplazamiento de trabajadores entre los Estados miembros pueda implicar algún tipo de penalización sobre sus derechos de Seguridad Social, tanto sobre los ya adquiridos, como también sobre aquellos otros que se encuentran en proceso de adquisición.

Sin embargo, pese al esfuerzo regulador, estas disposiciones presentan en ocasiones un difícil acomodo, por un lado, con el principio de libre circulación de trabajadores y, por otro, con las distintas regulaciones nacionales de la prestación por desempleo, en las que siguen subsistiendo elementos que denotan su marcado carácter territorial. Estas distorsiones han suscitado ciertas reticencias por parte de algunos Estados miembros a la hora de su aplicación, lo que ha requerido un incansable papel corrector y clarificador del Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>2</sup>.

En este trabajo se aborda, con la amplitud que el formato permite, el estudio de las disposiciones particulares aplicables a la prestación por desempleo contenidas en los Reglamentos de coordinación, poniendo de relieve aquellos aspectos que suscitan mayor debate interpretativo y una mayor complejidad aplicativa<sup>3</sup>. Las reglas de totalización de períodos y el cálculo de la prestación, los criterios para la exportación de la prestación y su posible prórroga, las particularidades en el acceso a la prestación por desempleo de los trabajadores fronterizos y de aquellos otros que, sin tener la condición de fronterizos, residen en un Estado miembro distinto del competente, etc., son analizadas en este trabajo, ofreciendo sugerencias de mejora al respecto.

La propuesta de la Comisión para la modificación de los Reglamentos de coordinación (2016)<sup>4</sup>, así como las propuestas del Parlamento y del Consejo de la Unión Europea para la modificación de las normas en materia de coordinación de la Seguridad

---

<sup>1</sup> El Profesor Miranda Boto defiende el término “articulación”, más acorde con la técnica empleada y menos dado a confusión con otros mecanismos. MIRANDA BOTO, José María, El estadio previo: Algunos problemas terminológicos de la Seguridad Social Comunitaria, En: SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina (Coord.), *El Reglamento Comunitario 1408/71. Nuevas cuestiones, viejos problemas*, Murcia, Ediciones Laborum, 2008, pp. 13 y ss.

<sup>2</sup> *Vid.* MIRANDA BOTO, José María, El papel del Tribunal de Justicia en la construcción del acervo social de la Unión europea, *Revista del Ministerio de empleo y Seguridad Social* Número 102, 2013, pp. 17 y ss.

<sup>3</sup> En detalle PAZÓ ARGIBAY, José Manuel, *La protección por desempleo en el Derecho de la Unión Europea. Especial atención a los pronunciamientos del Tribunal de Justicia*, Madrid, Ediciones Cinca, 2021.

<sup>4</sup> Propuesta de la Comisión Europea por la que se modifican el Reglamento (CE) n° 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, y el Reglamento (CE) n° 987/2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) n° 883/2004. Estrasburgo, 13.12.2016.

Social (2019 y 2021)<sup>5</sup> tienen también cabida en este estudio. De su análisis cabe poner ya inicialmente de manifiesto el claro esfuerzo en equilibrar la carga económica entre los Estados que intervienen en la prestación. La propuesta de unas nuevas reglas para la determinación de la legislación aplicable, el reconocimiento y el pago de la prestación ayudarán a suavizar los recelos con los que los Estados miembros asumen en la actualidad este tipo de prestaciones. Sin embargo, otros aspectos de especial importancia para garantizar la libre circulación de las personas beneficiarias de la prestación por desempleo quedan al margen en estas propuestas de modificación.

## **2. La regla de totalización de períodos aplicable a la prestación por desempleo en el Reglamento (CE) nº 883/2004 y su propuesta de modificación**

Las disposiciones relativas a la totalización de la prestación por desempleo se encuentran reguladas en el artículo 61 del Reglamento (CE) nº 883/2004. En su apartado primero establece que la institución competente de un Estado miembro cuya legislación subordine la adquisición, conservación, duración o recuperación del derecho a las prestaciones al requisito de haber cubierto períodos de seguro, empleo o actividad por cuenta propia tendrá en cuenta, en la medida necesaria, los períodos de seguro, empleo o actividad por cuenta propia cubiertos bajo la legislación de cualquier otro Estado miembro como si se hubieran cubierto bajo la legislación que dicha institución aplica<sup>6</sup>.

Seguidamente, en su apartado segundo, el artículo 61 contiene una particular regla de fijación al territorio al condicionar los efectos de la totalización, regulados en el apartado primero, al hecho de que el interesado acredite en último lugar, con arreglo a la legislación ante la cual solicita prestaciones, períodos de seguro, empleo o actividad por cuenta propia.

Lo paradójico es que no contiene el Reglamento (CE) nº 883/2004 mención alguna acerca de la duración mínima exigible a este último período cubierto bajo la legislación de la institución ante la que se solicita la prestación. Por tanto, nada impediría que una persona desempleada pueda percibir una prestación por desempleo en el último Estado miembro acreditando ante su institución competente apenas unos días de empleo o actividad bajo su legislación. En consecuencia, este Estado miembro quedaría

---

<sup>5</sup> Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 883/2004 relativo a la coordinación de los sistemas de Seguridad Social y el Reglamento (CE) nº 987/2009 por el que se establece el procedimiento de desarrollo del Reglamento (CE) nº 883/2004. Bruselas, 25.03.2019 y Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 883/2004 relativo a la coordinación de los sistemas de Seguridad Social y el Reglamento (CE) nº 987/2009 por el que se establece el procedimiento de aplicación del Reglamento (CE) nº 883/2004. Bruselas, 17.12.2021.

<sup>6</sup> Al respecto, el artículo 61 matiza que, cuando la legislación aplicable supedita la concesión de determinadas prestaciones al cumplimiento de períodos de seguro, no se tendrán en cuenta los períodos de empleo o de actividad por cuenta propia cumplidos bajo la legislación de otro Estado miembro, salvo en caso de que dichos períodos se hubieran considerado períodos de seguro de haberse cumplido con arreglo a la legislación aplicable.

obligado a totalizar, reconocer, calcular y asumir el coste de una prestación por desempleo por la que, previamente, apenas ha recibido aportación alguna, vía cotizaciones, por parte de la persona beneficiaria, cuestión que ha despertado no pocos recelos por parte de los Estados miembros.

En un intento de atenuar dichos recelos, y con la intención de establecer cierto equilibrio económico entre los Estados intervinientes en la totalización, la propuesta de reforma de los Reglamentos del año 2016<sup>7</sup> propone que esta quede supeditada al hecho de que el interesado haya cubierto en último lugar un período mínimo de tres meses de seguro, empleo o actividad por cuenta propia con arreglo a lo dispuesto en la legislación con arreglo a la cual se solicitan las prestaciones<sup>8</sup>.

En el caso de que la persona desempleada no cumpla este requisito por ser el período acreditado inferior a tres meses, tendrá derecho a las prestaciones por desempleo con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que haya cubierto anteriormente dichos períodos en las condiciones y con arreglo a las limitaciones establecidas en un artículo de nueva creación, el 64 bis, que dispone para estos supuestos que el Estado miembro a cuya legislación haya estado sujeta anteriormente la persona desempleada pasará a ser competente para abonar las prestaciones por desempleo. Estas serán abonadas con cargo a la institución competente durante el período establecido en el artículo 64, apartado 1, letra c), relativo a la exportación de la prestación, si la persona desempleada se pone a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro donde haya estado asegurado en último lugar y cumple las condiciones que establezca la legislación de dicho Estado miembro.

No obstante, ese equilibrio económico que pretendía establecer la propuesta de la Comisión del año 2016 ha parecido excesivo, teniendo en cuenta las propuestas del Parlamento Europeo y del Consejo de los años 2019 y 2021 donde se reduce dicho período de seguro, empleo o actividad por cuenta propia previa de tres meses a uno, si bien se exige aquí de manera ininterrumpida.

### **3. El cálculo de la prestación por desempleo en el Reglamento (CE) nº 883/2004 y su total ausencia en la propuesta de modificación**

Por lo que respecta a las disposiciones relativas al cálculo de la prestación por desempleo, estas se encuentran reguladas en el artículo 62 del Reglamento (CE) nº 883/2004. Su apartado primero establece que la institución competente de un Estado miembro cuya legislación disponga que el cálculo de las prestaciones se base en la cuantía de la retribución o de los ingresos profesionales anteriores tendrá en cuenta, exclusivamente, el

<sup>7</sup> *Cit.* Propuesta Comisión 13.12.2016.

<sup>8</sup> En palabras de la propia Comisión “Se cree que la opción preferida garantizará una relación más estrecha entre las instituciones competentes para proporcionar las prestaciones por desempleo y dará lugar a unos ahorros de posiblemente 41 millones EUR, si bien con una distribución de costes dispar entre los Estados miembros”. *Ibidem.*

suelo o los ingresos profesionales percibidos por el interesado con motivo de su última actividad como trabajador por cuenta ajena o propia con arreglo a dicha legislación. De esta manera, la base sobre la que debe calcularse la prestación será la del empleo o actividad desarrollado en último lugar<sup>9</sup>.

En su apartado segundo, el artículo 62 establece idéntica regla de aplicación en aquellos supuestos en los que la legislación que aplique la institución competente prevea un período de referencia determinado para establecer la retribución que servirá de base al cálculo de las prestaciones, siendo irrelevante que el interesado haya estado sujeto durante la totalidad o una parte de ese período a la legislación de otro Estado miembro.

Siendo así, a tenor de lo dispuesto en el artículo 62.2 del Reglamento, resultan irrelevantes a efectos del cálculo de la prestación las retribuciones percibidas en otros Estados miembros en los que se haya prestado servicios con anterioridad, incluso en aquellos supuestos en los que la legislación nacional prevea el cálculo tomando un período como referencia y este período alcance períodos de actividad en otros Estados.

Ahora bien, a la vista del pronunciamiento del Tribunal de Justicia en su sentencia *ZP*<sup>10</sup>, esta última apreciación debe tomarse, cuando menos, con cierta cautela<sup>11</sup>. En ella, el Tribunal parece habilitar la posibilidad de que puedan tenerse en cuenta otros períodos cubiertos bajo la legislación de otros Estados miembros si estos son necesarios a efectos de completar el período de referencia exigido, al establecer que “si bien la legislación de un Estado miembro puede definir un período de referencia para determinar la retribución que sirva de base para el cálculo de las prestaciones, los períodos durante los cuales el interesado estuvo sujeto a la legislación de otro Estado miembro deben ser tenidos en cuenta a efectos de dicho período de referencia”, concluyendo que “la no consideración de la referida retribución porque, durante una parte del período de referencia previsto por el Estado miembro de que se trata a efectos del cálculo del importe de la prestación por desempleo, el interesado haya estado sujeto a la legislación de otros Estados miembros provoca que un trabajador que haya hecho uso de su derecho a la libre circulación sea objeto de un trato menos favorable que aquel que haya desempeñado toda su actividad profesional exclusivamente en ese único Estado miembro”.

Dado que este pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se produjo en enero de 2020, ni la propuesta de modificación del Reglamento de la Comisión del año 2016, ni la del Parlamento Europeo y del Consejo del año 2019 contemplan apreciación alguna respecto de las reglas para el cálculo de la prestación por desempleo. Sin embargo, pese a ser ya conocida, tampoco la propuesta del Parlamento Europeo y del Consejo del año 2021 contempla modificación alguna en la regulación del artículo 62 en la línea interpretativa expuesta.

---

<sup>9</sup> El cálculo de la prestación se hace sobre la base de la “remuneración perdida”. SERRANO GARCÍA, Juana María, *Trabajadores comunitarios y Seguridad Social*, Albacete, Altabán Ediciones, 2005, p. 89.

<sup>10</sup> STJUE de 23 de enero de 2020 (asunto C-29/19, ZP).

<sup>11</sup> PAZÓ ARGIBAY, José Manuel, El cálculo de la prestación por desempleo a la luz de la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de enero de 2020, *ZP*, asunto C-29/19, *E-Revista Internacional de la Protección Social*, Volumen 5, Número 1, 2020.

#### 4. La exportación de la prestación por desempleo en el Reglamento (CE) nº 883/2004 y su propuesta de modificación

La exportación de la prestación por desempleo ofrece a la persona desempleada la posibilidad de desplazarse a otro Estado miembro en busca de un nuevo empleo conservando, aunque limitada en el tiempo, su percepción<sup>12</sup>. A la limitación en el tiempo señalada se suma el hecho de que, tanto este desplazamiento como la correspondiente exportación de la prestación por desempleo, se encuentra sujeta a unos requisitos formales y temporales, que dan cuenta del carácter territorial que sigue impregnando esta prestación<sup>13</sup>.

Su regulación se contempla en el artículo 64 del Reglamento, en el que se establece que la persona desempleada que cumpla los requisitos de la legislación del Estado miembro competente para tener derecho a prestaciones y que se desplace a otro Estado miembro para buscar un empleo, conservará su derecho a prestaciones por desempleo en metálico<sup>14</sup>, si bien, como se ha indicado, este derecho está sujeto a ciertas condiciones y límites.

En primer lugar, como se ha señalado, el Reglamento (CE) nº 883/2004 condiciona la exportación de las prestaciones a que el motivo del desplazamiento a otro Estado miembro sea para realizar en él una búsqueda de empleo, estableciendo una serie de requisitos que debe cumplir la persona desempleada que quiera ejercer su derecho a la exportación de prestaciones. Unos deben cumplirse en el Estado de origen y otros en el Estado de acogida.

Por un lado, debe registrarse como demandante de empleo antes de su salida y ponerse a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro competente durante un plazo mínimo de cuatro semanas<sup>15</sup>, aunque los servicios o instituciones competentes pueden autorizar la salida antes de dicho plazo. Guarda silencio el Reglamento (CE) nº 883/2004 acerca de los supuestos que permitirían esta salida prematura<sup>16</sup>. Tan solo la Recomendación U2 contempla una circunstancia que posibilitaría una salida antes de dicho plazo, permitiendo a la persona que se encuentra en situación de desempleo

---

<sup>12</sup> Lo que en palabras de Novales Bilbao implica una “supresión limitada de las cláusulas de residencia”. NOVALES BILBAO, Alfredo, La coordinación de la protección por desempleo en los Reglamentos de Coordinación de la UE y su reforma, *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, Número 142, 2019, p. 110.

<sup>13</sup> Arrieta Idiákez llama la atención acerca de la “naturaleza territorial” de las prestaciones por desempleo. ARRIETA IDIÁKEZ, Francisco Javier, La coordinación de los sistemas de Seguridad Social en el ámbito de la Unión Europea, En: ARRIETA IDIÁKEZ, Francisco Javier (Coord.), *La Seguridad Social aplicable a los españoles en el exterior y retornados*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2014, p. 218.

<sup>14</sup> Tanto las “contributivas” como las “asistenciales”, SÁNCHEZ – RODAS NAVARRO, Cristina, Trabajadores transfronterizos y prestaciones por desempleo: un ejemplo de praxis legislativa mejorable, En: ROALES PANIAGUA, Esperanza (Dir.), *Buenas prácticas jurídico procesales para reducir el gasto social (II)*, Murcia, Ediciones Laborum, 2014, p. 93.

<sup>15</sup> A contar desde el inicio de la situación de desempleo y sin que sea exigible su carácter ininterrumpido, tal y como estableció el Tribunal de Justicia en su Sentencia Rydergard. STJUE de 21 de febrero de 2002, (asunto C-215/00, Rydergard).

<sup>16</sup> Tampoco lo hace el Reglamento (CE) nº 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, de aplicación. DO N° L284/1, de 30 de octubre de 2009.

total, y que cumple todos los demás requisitos para la exportación de la prestación, que acompañe a su cónyuge o pareja de hecho que haya aceptado un empleo en un Estado miembro distinto del Estado competente<sup>17</sup>. En esta línea, sería conveniente desarrollar normativamente esta posibilidad que ofrece el artículo 64, evitando así su discrecionalidad en manos de cada uno de los Estados miembros, tipificando los supuestos que permitirían una salida del Estado competente antes de este plazo mínimo de cuatro semanas de puesta a disposición.

Una vez en el Estado de destino, la persona desempleada debe registrarse como demandante de empleo en los servicios de empleo del Estado miembro de acogida y someterse a los procedimientos de control que tenga establecidos. Se considerará cumplido este requisito si se procede según lo indicado dentro de los siete días siguientes a aquel en que dejó de estar a disposición de los servicios de empleo del Estado competente.

En lo concerniente a la duración de la prestación exportable, el Reglamento (CE) n° 833/2004 establece período de tres meses<sup>18</sup>. Esta duración comenzará a computarse a partir de la fecha en la que la persona desempleada haya dejado de estar a disposición de los servicios de empleo del Estado competente. Tal vez consciente de lo limitado de este período, prevé el Reglamento (CE) n° 833/2004 la posibilidad de su ampliación por parte de la institución competente hasta un máximo de seis meses. A este respecto, debe señalarse que es el Estado competente el responsable de valorar cada caso concreto a la hora de conceder o no este derecho de ampliación del plazo de exportación de prestaciones; es decir, valorar y admitir, o no, las causas excepcionales que permitirían tal ampliación<sup>19</sup>. Surge en esta cuestión una nueva vía de discrecionalidad en manos de los Estados miembros, en cuanto que no establece el Reglamento cuáles serían las causas excepcionales que permitirían esta posible prórroga en la exportación de la prestación. Sería conveniente, por tanto, su tipificación en busca de cierta equidad y seguridad jurídica, por ejemplo, en el articulado del Reglamento (CE) n° 987/2009, de aplicación, o recurriendo a la vía de las Recomendaciones.

Regula también el artículo 64 del Reglamento (CE) n° 833/2004 la posibilidad de recuperación de la prestación por desempleo en aquellos supuestos de personas desempleadas que regresan al territorio del Estado competente antes de que finalice el período de exportación de prestación reconocido. Esta posibilidad de recuperación implica el derecho a continuar con la percepción de la prestación por desempleo reconocida antes de producirse la exportación a otro Estado miembro. Descontando, obviamente, el período ya consumido en régimen de exportación.

---

<sup>17</sup> Recomendación U2, de 12 de junio de 2009, relativa a la aplicación del artículo 64, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) n° 833/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, a desempleados que acompañen a su cónyuge o pareja de hecho que ejerza una actividad profesional en un Estado miembro distinto del Estado competente. DO N° C106/51, de 24/04/2010.

<sup>18</sup> Siempre y cuando esta duración máxima de tres meses no supere el período de tiempo de prestación pendiente de disfrute por parte del interesado.

<sup>19</sup> Como consideró el Tribunal de Justicia en sus sentencias de 21 de marzo de 2018, (asunto C-551/16, Schiphorst) y 20 de marzo de 1979, (asunto 139/78, Coccioni).

Para ello, establece el artículo 64 que el retorno al Estado miembro competente con derecho a recuperación de la prestación puede hacerse “en la fecha de expiración del período en el que tenga derecho a prestaciones [...] o antes de esa fecha”. Dicho de otra forma, si la persona beneficiaria de la exportación no regresara al Estado miembro competente en la fecha de expiración del período reconocido, o antes de la misma, perdería todo derecho a prestaciones conforme a la legislación de dicho Estado miembro, salvo que las disposiciones de esa legislación fueran más favorables.

Vistos los condicionantes señalados de la exportación de la prestación por desempleo, no cabe duda de que el aspecto más controvertido es lo limitado de su duración. Resulta sencillo ver la dificultad del desplazamiento a otro Estado miembro, con todas las implicaciones personales y burocráticas que esto supone, y realizar una plena búsqueda de empleo en un plazo máximo de tres meses, sin la garantía cierta de una hipotética prórroga hasta un máximo de seis meses.

Consciente de esta dificultad, la propuesta de modificación de los Reglamentos del año 2016 contempla un plazo de exportación de la prestación por un periodo inicial de seis meses, en lugar de los tres meses que contempla la regulación actual, prorrogables por los servicios o instituciones competentes hasta la duración máxima de prestación reconocida. Pese a dejar, nuevamente, en manos de cada uno de los Estados miembros la potestad para valorar y autorizar una prórroga de la exportación, la ampliación del período inicial de exportación a seis meses parece ajustarse mejor a las exigencias de una búsqueda activa de empleo con ciertas garantías de éxito en el Estado miembro de acogida.

Sobre este particular, tanto la propuesta del año 2019 como la del 2021 del Parlamento Europeo y del Consejo contemplan idéntica modificación que la planteada por la Comisión en el año 2016.

## **5. Particularidades en materia de desempleo del Reglamento (CE) nº 883/2004 aplicables a los trabajadores que residen en un Estado miembro distinto del competente y su propuesta de modificación**

Pese a que tiende a pensarse que los Reglamentos de coordinación tutelan únicamente la protección de un desplazamiento “tipo” de trabajadores entre Estados miembros para desarrollar una actividad profesional, es decir, aquel que conlleva también un cambio de residencia, lo cierto es que la norma de coordinación resulta también de aplicación a aquellos trabajadores que se desplazan a otro Estado miembro para realizar una actividad laboral, al tiempo que mantienen su residencia en el Estado de origen<sup>20</sup>. Esta presencia al mismo tiempo en dos Estados distintos, el de trabajo y el de residencia, hizo necesari-

---

<sup>20</sup> Aplicables tanto a quienes tienen la condición de fronterizos según lo dispuesto en el artículo 1, letra f), del Reglamento (CE) nº 883/2004, como a aquellos que no, a quienes resulta de aplicación la Decisión Nº U2, de 12 de junio de 2009, relativa al ámbito de aplicación del artículo 65, apartado 2, del Reglamento (CE) nº 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, que se refiere al derecho a las prestaciones de desempleo de las personas en situación de desempleo total, que no sean trabajadores fronterizos, residentes

ria la configuración de ciertas disposiciones particulares en materia de desempleo que garantizaran el derecho a la libre circulación en igualdad de condiciones que el resto de trabajadores migrantes “tipo”, así como la percepción de la prestación por desempleo en las condiciones más favorables mientras buscan un nuevo empleo<sup>21</sup>.

En la ardua tarea de determinar la legislación que resulta aplicable, además de los dos elementos señalados, Estado de empleo y Estado de residencia, en el *status* jurídico de la persona desempleada que en el momento de su última actividad residía en un Estado miembro distinto del de empleo o actividad concurre un tercer elemento: el tipo de desempleo que le afecta. En función de su naturaleza parcial o total, entrará en juego la legislación del Estado de empleo o la legislación del Estado de residencia y, en consecuencia, el Estado competente en materia de prestaciones por desempleo<sup>22</sup>.

Teniendo esto en cuenta, el Reglamento (CE) n° 883/2004 regula en su artículo 65 las normas de determinación de la legislación aplicable a las personas desempleadas que residen en un Estado miembro distinto del competente. En su apartado primero establece que las personas en situación de desempleo parcial o intermitente que durante su último período de actividad por cuenta ajena o propia hayan residido en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente, deberán ponerse a disposición de su empresario o de los servicios de empleo del Estado miembro competente, recibiendo prestaciones con arreglo a la legislación de dicho Estado y a su cargo, como si residieran en dicho Estado miembro.

Si no existe vínculo laboral alguno con el Estado miembro de empleo, debe entenderse que dicha situación es de paro total, estableciendo al respecto el artículo 65, en su apartado segundo, que las personas en situación de desempleo total que durante su último período de actividad por cuenta ajena o propia hayan residido en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente, y sigan residiendo en dicho Estado miembro o regresen a él, se pondrán a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro de residencia, percibiendo a cargo de este último las prestaciones por desempleo.

Habilita, a continuación, el artículo 65, para este colectivo concreto, una doble posibilidad al permitir también su puesta a disposición ante los servicios de empleo del

---

en el territorio de un Estado miembro distinto del Estado miembro competente durante su último período de actividad por cuenta ajena o por cuenta propia. DO N° C106/43, 24/04/2010.

<sup>21</sup> Finalidad invocada de manera recurrente en los pronunciamientos del Tribunal de Justicia. Por todas, STJUE de 15 de diciembre de 1976, (asunto 39/76, Mouthaan).

<sup>22</sup> La Decisión N° U3, de 12 de junio de 2009, relativa al ámbito de aplicación del concepto “desempleo parcial” aplicable a las personas desempleadas a que se refiere el artículo 65, apartado 1, del Reglamento (CE) n° 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo (DO N° C 106/45, 24/04/2010), recogiendo los criterios establecidos previamente en la STJUE de 15 de marzo de 2001, (asunto C-444/98, De Laet), estableció que la determinación de la naturaleza del desempleo, parcial o total, dependía de la existencia o del mantenimiento del vínculo laboral entre las partes. Es decir, cuando la actividad haya quedado en suspenso, aunque con la posibilidad de reincorporarse a su puesto de trabajo en cualquier momento, tal situación resulta asimilable a la de desempleo parcial, implicando que las prestaciones correspondientes han de ser abonadas y sufragadas por el Estado miembro de empleo. En caso contrario, esto es, personas sin vínculo laboral alguno con el Estado miembro de empleo, deben considerarse en situación de desempleo total, siendo reconocidas las prestaciones por desempleo por la institución del Estado de residencia y a su cargo.

Estado donde haya desarrollado su último empleo o actividad antes de la situación de desempleo. Así, dispone el apartado tercero que las personas desempleadas en situación de paro total deberán registrarse como demandantes de empleo en los servicios de empleo del Estado miembro en que residan, sometiéndose a sus procedimientos de control y debiendo cumplir los requisitos que establezca la legislación de dicho Estado miembro. Si, además, optan por registrarse como demandantes de empleo en el Estado miembro en el que haya desempeñado su último período de empleo o actividad, deberán cumplir los requisitos aplicables en dicho Estado miembro<sup>23</sup>. Es decir, ofrece también la posibilidad de una puesta a disposición en el Estado de empleo.

Una cuestión importante en la que debe incidirse reside en que esta puesta a disposición, de manera complementaria, ante los servicios de empleo del Estado de último empleo o actividad, difiere en función de si se trata de un trabajador que ostenta la condición de fronterizo, o no. En el supuesto de trabajadores fronterizos<sup>24</sup>, lo es únicamente a efectos de políticas activas de empleo, nunca a efectos de prestaciones por desempleo, que siguen siendo abonadas por el Estado de residencia. Por tanto, aún en los supuestos en los que la persona desempleada en situación de paro total, con la condición de fronteriza, opte por ponerse también a disposición de los servicios de empleo del Estado donde haya desarrollado su última actividad, las prestaciones seguirán corriendo a cargo del Estado de residencia.

En busca de cierto equilibrio económico entre los Estados intervinientes, los apartados 6, 7 y 8 del artículo 65 regulan un régimen de reembolsos de prestaciones por parte del Estado de última actividad al Estado de residencia. Un sistema de reembolsos que oscila entre los tres y cinco meses, en función de la duración de los períodos de actividad por cuenta ajena o propia cubiertos por la persona beneficiaria en el Estado de empleo o actividad, y cuya escasez y dificultad aplicativa ha querido corregirse en las propuestas de modificación de los Reglamentos mediante la alteración de las reglas para la determinación de la legislación aplicable que se expondrán a continuación.

Respecto de aquellos trabajadores que no ostentan la condición de fronterizos, el párrafo final del artículo 65.2 recoge una particularidad aplicable a las personas desempleadas no fronterizas en paro total que residen en un Estado miembro distinto del Estado competente. Para ellas, a diferencia de lo indicado *supra* respecto de las que tienen la condición de fronterizas, el artículo 65.2 *in fine* dispone que, de no regresar a su Estado miembro de residencia, deben ponerse a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro de su último empleo, habilitando así ambas posibilidades.

Por tanto, a diferencia de lo que ocurre con las personas en desempleo total que ostenten la condición de fronterizas, este colectivo de personas desempleadas, de no

---

<sup>23</sup> El Reglamento (CE) n° 987/2009 contiene en su artículo 56 las disposiciones procedimentales de esta puesta a disposición ante los servicios de empleo del Estado de última actividad por parte de la persona desempleada en paro total.

<sup>24</sup> A quienes el artículo 1, letra f), del Reglamento (CE) n° 883/2004 define como “toda persona que realice una actividad por cuenta ajena o propia en un Estado miembro y resida en otro Estado miembro al que regrese normalmente a diario o al menos una vez por semana.”

regresar a su Estado de residencia, deben ponerse necesariamente a disposición de los servicios de empleo del Estado de su última actividad, algo que, para los fronterizos, podía hacerse de manera complementaria o adicional y, además, a efectos únicamente de medidas activas de empleo, nunca con contenido prestacional. En este caso, el trabajador no fronterizo dispone de una doble posibilidad: volver a su Estado de residencia y ponerse a disposición de sus servicios de empleo, o permanecer en el Estado de su último empleo y ponerse a disposición de los servicios de empleo de este último. Esta puesta a disposición es, además, a todos los efectos, prestaciones y políticas activas de empleo, lo que constituye una situación más ventajosa para este colectivo.

Contiene también el artículo 65 *bis* del Reglamento (CE) nº 883/2004 unas disposiciones especiales relativas a los trabajadores fronterizos por cuenta propia en situación de desempleo total en aquellos supuestos en los que el Estado de residencia carezca de un sistema de prestaciones de desempleo para trabajadores por cuenta propia.

En su apartado primero dispone que un trabajador fronterizo, en situación de desempleo total, que haya completado períodos de seguro o de actividad por cuenta propia, pero cuyo Estado de residencia haya notificado la imposibilidad de estar cubierta por un sistema de prestaciones de desempleo, deberá registrarse en los servicios de empleo del Estado miembro en el que haya ejercido su último período de actividad como trabajador por cuenta propia y ponerse a su disposición, cumpliendo en todo caso los requisitos que establezca la legislación de este último Estado miembro a efectos de prestaciones. Como medida complementaria, podrá ponerse a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro de residencia. En este caso, el abono de la prestación corresponderá al Estado donde la persona en desempleo total, previamente trabajador por cuenta propia, haya estado sujeto en último lugar.

Para este colectivo y situación concreta, regula también el artículo 65 *bis* una situación más favorable en relación con la exportación de la prestación por desempleo. En su apartado tercero se establece que la persona en situación de desempleo total que no desee estar o mantenerse a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro en el que haya ejercido su último período de actividad y desee buscar trabajo en el Estado miembro de residencia, podrá exportar su prestación a este Estado, pudiendo ampliar la institución competente el período de exportación reconocido hasta el final del período con derecho a prestaciones. Así, frente al período máximo de exportación de seis meses reconocido en el actual artículo 64 del Reglamento como criterio general, la posibilidad reconocida en el artículo 65 *bis* a este colectivo representa una condición más favorable y, a la vez, más compatible con el pleno ejercicio del derecho a la libre circulación.

En lo que respecta a las reglas de totalización de períodos, no presenta especial complejidad su aplicación a este particular colectivo, siendo plenamente válidas las reglas generales expuestas en el punto 2 de este trabajo.

Sí presenta, sin embargo, cierta variación respecto al cálculo de las prestaciones por desempleo, fundamentalmente motivadas por el salario a tener en cuenta para dicho cálculo. Como se ha señalado, el Reglamento (CE) nº 883/2004 remite en su artículo 62, apartados primero y segundo, al salario percibido por el solicitante en el último

empleo o actividad bajo la legislación de la institución competente. En el supuesto de una persona desempleada en situación de paro total que en el momento de su última actividad residía en un Estado miembro distinto del de empleo, dicha institución es la del Estado de residencia quien, por aplicación directa del artículo 62, debería hacer el cálculo de la prestación sobre un salario ficticio, al no poder acreditar el solicitante un último período de empleo o actividad bajo su legislación. Esta situación se resuelve en el apartado tercero del propio artículo 62 donde, recogiendo el criterio establecido por el Tribunal de Justicia en su Sentencia *Fellinger*<sup>25</sup>, se regula la obligación para la institución del lugar de residencia de tener en cuenta la retribución o los ingresos profesionales del interesado en el Estado miembro a cuya legislación haya estado sujeto durante su última actividad, por cuenta ajena o por cuenta propia.

Por lo que respecta a la posibilidad de exportación de la prestación por desempleo de este colectivo, el Reglamento habilita esta posibilidad, si bien el desplazamiento y la exportación debe hacerse a un tercer Estado distinto del de último empleo ya que, de producirse un desplazamiento al Estado de último empleo, se activaría nuevamente la competencia de este en materia de prestaciones y no estaríamos hablando de una prestación exportada en sentido propio<sup>26</sup>.

La propuesta de la Comisión para la modificación del Reglamento (CE) nº 833/2004, del año 2016, contempla también la modificación de determinados aspectos de las disposiciones particulares en materia de desempleo aplicables a las personas desempleadas que residen en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente, alterando parte de los criterios actualmente en vigor para la determinación del Estado de puesta a disposición y del abono de la prestación condicionados al cumplimiento de determinados periodos mínimos de seguro, empleo o actividad por cuenta propia.

Permanece inalterado en las propuestas de modificación de los Reglamentos de coordinación lo dispuesto para las personas en situación de desempleo parcial que durante su último período de actividad, por cuenta ajena o propia, hayan residido en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente, debiendo ponerse a disposición de su empleador o de los servicios de empleo del Estado miembro competente, percibiendo las prestaciones con arreglo a dicha legislación como si residieran en dicho Estado miembro.

La novedad de la propuesta del año 2016 radicó en la alteración de los criterios para la determinación de la institución competente para las personas en situación de desempleo total que durante su último período de actividad por cuenta ajena o propia hubieran residido en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente y no hubieran cumplido, como mínimo, doce meses de seguro de desempleo con arreglo a la legislación del Estado miembro competente. En estos supuestos, deberían ponerse a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro de residencia, recibiendo las

---

<sup>25</sup> STJUE de 28 de febrero de 1980, (asunto 67/79, *Fellinger*).

<sup>26</sup> Tal y como interpretó el Tribunal de Justicia en la STJUE de 7 de marzo de 1985, (asunto 145/84, *Cochet*).

prestaciones con arreglo a la legislación de este Estado como si hubieran cumplido todos los períodos de seguro con arreglo a la legislación de dicho Estado miembro, y a su cargo. En caso contrario, es decir, habiendo cumplido doce meses de seguro de desempleo con arreglo a la legislación del Estado miembro competente podría optar por ponerse a disposición de los servicios de empleo de ese Estado miembro y recibir prestaciones de conformidad con la legislación de dicho Estado miembro como si residiera allí.

En el caso de que la persona en situación de desempleo total no deseara estar a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro competente, optando por buscar trabajo en el Estado miembro de residencia o en el Estado miembro en el que haya ejercido su último período de actividad, le serían de aplicación las disposiciones relativas a la exportación de prestaciones del artículo 64. En estos supuestos, la modificación propuesta de modificación del año 2016 exime del requisito de haberse registrado como demandante de empleo antes de su salida del país y haber permanecido a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro competente durante al menos cuatro semanas desde el inicio de su situación de desempleo para poder exportar su prestación, tal y como contempla este artículo para los supuestos ordinarios de exportación de prestaciones. Además, a su favor, la propuesta contempla la posibilidad de que la institución competente pueda ampliar el período de prestación exportada hasta el final del período de derecho prestaciones reconocido.

En la propuesta del Parlamento Europeo y del Consejo del año 2019, este período mínimo de trabajo por cuenta ajena o propia con arreglo a la legislación del Estado miembro competente, necesario para la determinación de una u otra legislación aplicable, se reduce a seis meses ininterrumpidos. Acorde con la propuesta de modificación, de no acreditarse este período mínimo, la persona desempleada debería ponerse a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro de residencia, recibiendo prestaciones con arreglo a la legislación dicho Estado como si hubiera completado en él todos los períodos de seguro, empleo o trabajo por cuenta, y a su cargo.

Por su parte, la propuesta de modificación del año 2021 contempla, a la hora de determinar la legislación aplicable a estos supuestos, un doble y alternativo período de referencia. El cumplimiento de un período ininterrumpido de tres meses de seguro, empleo o trabajo por cuenta propia, o bien un período interrumpido de seis meses de seguro, empleo o trabajo por cuenta propia durante un período de 24 meses exclusivamente bajo la legislación de la Estado miembro competente. Como en las propuestas anteriores, el cumplimiento o no de dichos periodos implicaría la sujeción a una u otra legislación, Estado de empleo o Estado de residencia.

## 6. Conclusiones

Como se ha puesto de manifiesto a lo largo de este trabajo, las disposiciones aplicables a la prestación por desempleo contenidas en el actual Reglamento (CE) n° 883/2004, de coordinación de los sistemas de Seguridad Social, y el Reglamento (CE) n° 987/2009, de

aplicación, contemplan aún ciertas particularidades que presentan un difícil encaje con la libre circulación de trabajadores.

Frente a la libertad de circulación de la que disfrutaban las personas beneficiarias de otro tipo de prestaciones, por ejemplo, de jubilación, los Estados miembros han querido mantener para la prestación por desempleo ciertas limitaciones causales y/o territoriales, por ejemplo, en cuanto a la posibilidad de su exportación, bajo la justificación de que son personas que pueden reincorporarse nuevamente a su mercado de trabajo. No obstante, bajo este mantra se esconde la renuencia de los Estados miembros a que las prestaciones por desempleo que conceden puedan redundar en otro Estado o, lo que sería peor, tener que asumir el coste de unas prestaciones por desempleo de personas desempleadas de las que no han recibido apenas aportación económica previa vía cotizaciones sociales.

Prueba de esto es el hecho de que las principales novedades que introducen las propuestas de modificación de los Reglamentos de coordinación de los años 2016, 2019 y 2021 están dirigidas a corregir los desequilibrios económicos que puedan darse entre Estados miembros por aplicación de dicha regulación. Bien modificando las reglas de totalización con la exigencia de un período mínimo de empleo o actividad bajo la legislación de la institución competente para el reconocimiento y pago de la prestación, bien alterando los criterios para la determinación de la legislación aplicable e institución competente en supuestos de personas desempleadas que residen en un Estado miembro distinto del competente.

Sin embargo, otros aspectos que han sido señalados y que ofrecerían una mayor seguridad jurídica a la persona desempleada beneficiaria de prestaciones por desempleo, y una mayor garantía para su libertad de circulación como, por ejemplo, el establecimiento expreso de las situaciones y condiciones habilitantes de la prórroga de la prestación exportada, parecen no ser del todo prioritarias para los Estados miembros.

Finalmente, cabe señalar que la demora en la modificación de los Reglamentos de coordinación no parece jugar tampoco a favor de las garantías para la plena libertad de circulación de las personas desempleadas receptoras de prestaciones por desempleo. Así, las propuestas de modificación presentadas por la Comisión en diciembre de 2016 no coinciden ya plenamente con las contenidas en las también fallidas propuestas del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea para la modificación de las normas en materia de coordinación de la Seguridad Social de los años 2019 y 2021.

## 7. Bibliografía

ARRIETA IDIÁKEZ, Francisco Javier, La coordinación de los sistemas de Seguridad Social en el ámbito de la Unión Europea, En: ARRIETA IDIÁKEZ, Francisco Javier (Coord.), *La Seguridad Social aplicable a los españoles en el exterior y retornados*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2014.

MIRANDA BOTO, José María, El estadio previo: Algunos problemas terminológicos de la Seguridad Social Comunitaria, En: SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cris-

- tina (Coord.), *El Reglamento Comunitario 1408/71. Nuevas cuestiones, viejos problemas*, Murcia, Ediciones Laborum, 2008.
- MIRANDA BOTO, José María, El papel del Tribunal de Justicia en la construcción del acervo social de la Unión europea, *Revista del Ministerio de empleo y Seguridad Social*, Número 102, 2013.
- NOVALES BILBAO, Alfredo, La coordinación de la protección por desempleo en los Reglamentos de Coordinación de la UE y su reforma, *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, Número 142, 2019.
- PAZÓ ARGIBAY, José Manuel, El cálculo de la prestación por desempleo a la luz de la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de enero de 2020, ZP, asunto C-29/19, *E-Revista Internacional de la Protección Social*, Volumen 5, Número 1, 2020.
- PAZÓ ARGIBAY, José Manuel, *La protección por desempleo en el Derecho de la Unión Europea. Especial atención a los pronunciamientos del Tribunal de Justicia*, Madrid, Ediciones Cinca, 2021.
- SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina, Trabajadores transfronterizos y prestaciones por desempleo: un ejemplo de praxis legislativa mejorable, En: ROALES PANIAGUA, Esperanza (Dir.), *Buenas prácticas jurídico procesales para reducir el gasto social (II)*, Murcia, Ediciones Laborum, 2014.
- SERRANO GARCÍA, Juana María, *Trabajadores comunitarios y Seguridad Social*, Albacete, Altabán Ediciones, 2005.

# Un concepto comunitario de trabajador para un derecho europeo del trabajo

## A community concept of worker to achieve a european labor law

Gabriela Rizzo Lorenzo

*Profesora Derecho Trabajo*

*Universidad Carlos III de Madrid*

ORCID ID: 0000-0002-7737-695X

Recibido: 9/8/2023

Aceptado: 27/10/2023

doi: 10.20318/labos.2024.8402

*Resumen:* En la UE no existe, como tal, un Derecho europeo del Trabajo, pero la última Directiva sobre condiciones laborales transparentes apunta hacia un derecho del trabajo comunitario de mínimos. Sin embargo, en las distintas Directivas de trabajo no encontramos una definición unívoca de trabajador, lo cual ha dado lugar a una inmensa cantidad de jurisprudencia del TJUE sobre quién deber ser considerado como *trabajador* a efectos de cada Directiva. Larga y compleja labor que ha ido construyendo un camino a seguir tendente a la armonización de esta figura. Con la consecución de un concepto amplio, pero único, de trabajador, se alcanzarían unas condiciones laborales de mínimos, se evitarían controversias futuras, se terminaría con debates pasado y podríamos empezar a hablar de un verdadero Derecho Europeo del Trabajo.

*Palabras clave:* trabajador, derecho europeo del trabajo, condiciones laborales de mínimos, , directivas sobre condiciones de trabajo, jurisprudencia TJUE.

*Abstract:* In the European Union, as such, there is no European Labor Law, but the latest Directive on transparent working conditions points towards a community labor law of minimums. However, in the different labor Directives we do not find an unequivocal definition of worker, and this has given rise to an immense amount of CJEU case law on who should be considered as a worker for the purposes of each Directive: long and complex work that has been building a path to follow tending to the harmonization of this figure. With the achievement of a broad, but unique, concept of worker, minimum working conditions would be achieved, future controversies would be avoided, past debates would end and we could begin to talk about a true European Labor Law.

*Keywords:* worker; European labor law, minimum working conditions, Directives on working conditions, CJEU jurisprudence.

## 1. Introducción

Es significativo que, dentro de las categorías legislativas de la Unión Europea, la que se refiere a las condiciones laborales de los trabajadores se encuadre en el eje de *Empleo y Política Social* – sin contar otros ejes transversales relativos a la libre circulación, derechos humanos, competencia judicial o ley aplicable –. Por lo tanto, cuando hablamos de Derecho Social Europeo, no podemos pretender encontrar un marco normativo completo y pormenorizado como el que hallaremos en el llamado Derecho Laboral o Derecho del Trabajo en los distintos Estados miembros (EEMM). La búsqueda armonización europea se refiere a materias concretas sobre las que se pretende dar cumplimiento a los derechos reconocidos en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea –TFUE– (con base en los derechos sociales fundamentales que se indican en la Carta Social Europea de 1961 y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores de 1989), para brindar protección a los colectivos más vulnerables y dar seguridad a quienes ocupan una posición de debilidad en sus relaciones laborales o civiles, así como para perseguir los elevados objetivos de la igualdad y la no discriminación. Y en aras a la consecución de tales fines, los EEMM ceden parte de su recelada autonomía a una instancia superior: la Unión Europea (UE). Pero tal pérdida de soberanía no puede ser indiscriminada, ni puede de ella pretenderse alcanzar dichos cambios de forma automática, implicando un vaciado o desmembramiento de sus ordenamientos jurídicos y una brusca transformación de su identidad e idiosincrasia.

Con base en lo anterior, el Título X del TFUE, sobre *Política Social*, delimita esas materias concretas en su art. 153, apartado 1: seguridad y salud, condiciones de trabajo, rescisión del contrato, derechos de información y consulta, representación de intereses colectivos de empresarios y trabajadores, protección social, lucha contra la exclusión social, integración laboral e igualdad entre hombres y mujeres, y condiciones de empleo de los nacionales de terceros países. Como vemos, todas ellas pertenecientes al Derecho del Trabajo, pero sin agotar en modo alguno su extenso contenido, circunscribiendo tales materias a lo que la UE considera debe ser uniforme en todo el territorio de la Unión para lograr los fines pretendidos, pero sin menoscabar las competencias propias de los EEMM (de ahí que las competencias en *Política Social* sean compartidas, tal como figura en el art. 4 del TFUE).

Y para dar cumplimiento a las mismas, el apartado 2 del mismo art. 153 describe el procedimiento legislativo a seguirse en cada caso, siendo la Directiva la forma predilecta para la regulación de la mayoría de ellas y naciendo sobre esta base las disposiciones mínimas que regularán estas materias. Sin embargo, es preciso hacer hincapié en el hecho de que la regulación individualizada de las mismas no se extiende a todo el Derecho del Trabajo de cada país miembro, en tanto que la cesión de soberanía es solo parcial, y los sujetos destinatarios de las mismas podrían no coincidir –y de hecho no coincidirán– con las definiciones de cada uno de los ordenamientos jurídicos internos.

## 2. Fundamentos de la cuestión: las vigentes directivas de política social y la construcción del concepto de trabajador en la Unión Europea

De tal modo, y ya descendiendo al tema concreto que nos interesa, el colectivo protegido en estas Directivas será el *trabajador*, sujeto sobre el cual no siempre encontraremos una definición unívoca, en tanto que algunas Directivas han incluido una suerte de descripción en su articulado, mientras que en otras se ha omitido toda intención de deslinde de esta figura. Esto ha dado lugar a una ingente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que ha tenido que pronunciarse en sucesivas problemáticas sobre qué se considera o no como *trabajador* a efectos de la Directiva, y de cuya respuesta dependerá que la misma sea aplicable al litigio debatido. Por otra parte, la interpretación de este concepto de *trabajador* no se puede construir, por parte del TJUE, de forma totalmente aislada, sino que deberá responder a los objetivos generales del TFUE (fundamentalmente igualdad y no discriminación, arts. 7 y 10 TFUE) e ir en consonancia con los restantes ámbitos regulados en el mismo, entre ellos la libre circulación de trabajadores (art. 45 TFUE); pero sin invadir el ámbito competencial de los EEMM en todo lo no sujeto al ámbito de aplicación de la Directiva.

Difícil equilibrio y ardua labor jurisprudencial, que a lo largo de estas últimas décadas ha dejado, aunque con baches, un claro camino a seguir tendente a la armonización de la figura del *trabajador*. Pero esto solo en lo que respecta al ámbito de aplicación de las Directivas, cuya finalidad no es la de unificar todas las disposiciones internas de los EEMM, sino la de establecer un marco general uniformado para la materia regulada por la norma europea, sin incidir en las restantes materias excluidas en las que el concepto de *trabajador* deberá ser interpretado conforme al derecho nacional. Todo lo cual no significa que los EEMM tengan una inusitada libertad para elaborar dicho concepto a su antojo y al margen del derecho de la Unión, que en todo caso deberá ser respetado. Y aunque esta afirmación parece una obviedad, el propio TJUE se ha encargado de recalcarla en diversas sentencias sobre el concepto de *trabajador* que serán posteriormente mencionadas. Por lo tanto, conforme dice el TJUE, el concepto de *trabajador* «*se modula según el caso concreto y el ámbito de aplicación específico y está muy condicionado por el planteamiento de la cuestión prejudicial*»<sup>1</sup> y «*no implica el establecimiento de un concepto unívoco para todas las normas comunitarias, sino que depende de la materia de que se trate*»<sup>2</sup>.

Sin embargo, teniendo en cuenta esta premisa y dado que no podemos hablar, propiamente dicho, de un Derecho del Trabajo para el ámbito de la UE, cabría preguntarse si resultaría viable la consecución de una Directiva Marco que albergase unas condiciones laborales de mínimos para todos los trabajadores, partiendo de la confección de un concepto europeo de *trabajador*, y que les ofreciera unas garantías reales y armo-

<sup>1</sup> SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Yolanda. Concepto de trabajador en la jurisprudencia del tribunal de justicia de la unión europea (Capítulo II). Antonio Sempere Navarro (dir.), Las fronteras del contrato de trabajo en la jurisprudencia, Madrid, BOE (1ª ed.), 2020, p. 59.

<sup>2</sup> STJUE de 12 de mayo de 1998 (asunto C-85/96, caso María Martínez Sala contra Freistaat Bayern) ECLI:EU:C:1998:217.

nizadas. Dicha norma no sustituiría a la totalidad del Derecho del Trabajo interno, pero sí podría aunar todas las disposiciones de las actuales Directivas de Política Social en un solo texto. Con ello se daría amparo no solamente al que podríamos denominar *trabajador ordinario tradicional* (entendido, de forma genérica, como aquel que presta servicios continuados y remunerados dentro de una relación de subordinación con su empleador, de modo que no presenta controversias a la hora de ser calificado como tal en la mayoría de los EEMM); sino que también permitiría dar seguridad jurídica a ciertas relaciones controvertidas que se decantan entre lo laboral y lo mercantil (altos cargos, consejeros, mandatarios, administradores), a aquellas otras consideradas atípicas (personas al servicio del hogar familiar, destinatarios de programas de fomento de empleo, aprendices, prácticas, becas, etc.), y también a las nuevas formas de empleo que van surgiendo en el marco de la tecnología de la información (trabajo deslocalizado, teletrabajo, trabajo en plataformas, actividades marginales y contratos “cero horas” o “a llamada”, entre otros). Eso sin mencionar la posible unificación en cuanto a sistemas de protección social y políticas de Seguridad Social

Y aunque este fue, formalmente, el reclamo del Parlamento Europeo en su Resolución de 19 de enero de 2017<sup>3</sup>, lo más cercano que se ha conseguido ha sido la Directiva (UE) 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea (aplicable desde el 1 de agosto de 2022), pero que dista mucho de tales encomiables objetivos, sobre todo al carecer de una definición del concepto de *trabajador* que, si bien se barajó su inclusión en los proyectos previos, no fue finalmente incluida en la Directiva.

Para poder hablar de un camino hacia un Derecho del Trabajo europeo, o hacia el reconocimiento de ciertos derechos laborales de mínimos, debemos saber primero en qué punto estamos y en qué dirección nos estamos moviendo, tanto en el ámbito legislativo, como en la jurisprudencia del TJUE. En el primero de ellos, el proceso es más lento y comedido, fruto de las dificultosas negociaciones para su redacción y aceptación por parte de todos los EEMM, pues no olvidemos que una premisa fundamental del derecho europeo es que este pueda ser ratificado por el mayor número de países posibles, siendo siempre más deseable una normativa más prudente, pero con mayor número de ratificaciones. Consecuencia de ello es que no se haya podido consensuar, hasta la fecha, un concepto unívoco de *trabajador* en el derecho europeo.

En el segundo ámbito –la jurisprudencia del TJUE–, la evolución es progresiva y más adaptable a las nuevas realidades, pero no deja de dar respuesta a casos concretos que, si bien resultan luego extrapolables a otras cuestiones similares, no conforman, de entrada, una unidad de criterio para todas las situaciones existentes. Como ya hemos apuntado, la interpretación por el TJUE del concepto de *trabajador* dependerá y variará en función de la materia de que se trate y, aunque la trayectoria muestra una clara dirección hacia la obtención de un concepto único para todos los escenarios, las ingentes y heterogéneas normas nacionales hacen necesaria, por ahora, de una interpretación caso por caso.

<sup>3</sup> European Parliament resolution of 19 January 2017 on a European Pillar of Social Rights (2016/2095-INI).

### 3. El concepto de trabajador en la jurisprudencia europea sobre la libre circulación de trabajadores

Un análisis completo y pormenorizado de la jurisprudencia del TJUE sobre el concepto de *trabajador* daría para una obra extensa que analizase estos pronunciamientos por temas y Directivas, ya que el concepto se comienza a construir con base en las primeras interpretaciones del TJUE en aplicación del principio de libre circulación de trabajadores (que se hace con vocación extensiva e inclusiva al mayor número de personas posibles), y cuyos argumentos se utilizarán con frecuencias en la interpretación de este concepto respecto del ámbito de aplicación del mismo a otras Directivas. Pero no es misión de este trabajo compilar toda la jurisprudencia del TJUE a este respecto, sino extraer de ellas una foto más o menos fija del resumen de la cuestión y, sobre la base de la situación actual, presentar algunas conclusiones y posibles actuaciones de futuro.

Como decíamos, el concepto de *trabajador* en el la UE empieza a erigirse sobre la jurisprudencia del TJUE en materia de libre circulación de trabajadores, en interpretación del art. 45 TFUE, que declara que «*Quedará asegurada la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión*», pero sin definir este concepto. En dicho artículo se proclama el derecho a la libre circulación de los trabajadores entre los EEMM, sin tener que sufrir ninguna discriminación en el empleo ni en las condiciones de trabajo, aunque quedando expresamente excluidos los empleos en la administración pública (si bien la interpretación de la naturaleza pública o privada del empleo por el TJUE ha sido muy restrictiva<sup>4</sup>).

La sentencia clásica y sobre la que luego se ha ido construyendo el concepto de *trabajador* es la de 3 de julio de 1986 (asunto 66/85)<sup>5</sup>, de la que nace el conocido “*test de Lawrie-Blum*” o “*test-trabajador*”, por haber aportado una serie de criterios en torno a esta cuestión, fundamentalmente dos: a) que el principio de libre circulación constituye un pilar comunitario y, por lo tanto, el concepto de *trabajador* para su aplicación debe ser único para todos los EEMM; y b) que para que haya relación laboral, se deben dar tres requisitos objetivos y acumulativos: debe de haber dependencia, se debe realizar una actividad económica y esta debe ser remunerada; o en palabras del TJUE: «*La característica esencial de la relación laboral es la circunstancia de que una persona realiza, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, ciertas prestaciones, por las cuales percibe una remuneración*»<sup>6</sup>.

Sin embargo, aunque este test será un filtro importante a la hora de discernir sobre el concepto de *trabajador*, aquellos tres requisitos no serán ponderados en la misma pro-

---

<sup>4</sup> *Pej.*, STJUE de 26 de abril de 2007, (asunto C-392/05, caso Georgios Alevizos contra Ypourgos Oikonomikon) ECLI:EU:C:2007:251. Sobre lo que pueda considerarse comprendido en el concepto de “empleo en la Administración Pública”: «...*la naturaleza jurídica de la relación laboral no es determinante para la aplicación del artículo 39 CE (...)* El hecho de que el trabajador esté contratado como funcionario o, incluso, de que su relación laboral esté regulada por el Derecho público y no por el Derecho privado carece de interés a este respecto» (§68).

<sup>5</sup> STJUE de 3 de julio de 1986 (asunto 66/85, caso Deborah Lawrie-Blum contra Land Baden-Württemberg). ECLI:EU:C:1986:284.

<sup>6</sup> *Ibid.*, §17.

porción en las Directivas sobre condiciones de trabajo. Según los casos (despidos colectivos, insolvencia del empresario, tiempo de trabajo, etc.), se dará más peso a unos que a otros: como la valoración fluctuante del grado de dependencia para los cargos directivos, o la compleja determinación de la duración de la relación (la expresión “*cierto tiempo*” respecto de trabajos ocasionales y/o marginales).

Si bien, como decíamos, en el ámbito de la libre circulación la interpretación ha sido lo más extensiva posible, aclarando el TJUE que para la calificación de la relación como laboral se deberá atender a todas las circunstancias del caso, admitiendo como tal situaciones en la que algunas de estas exigencias eran difusas: como prestaciones de muy corta duración<sup>7</sup> o la consideración de actividades como accesorias y/o marginales<sup>8</sup>, servicios de muy escasa remuneración o remuneradas por un tercero que no es el empleador<sup>9</sup> (procedencia de la misma), o el tipo *sui generis* de la actividad económica controvertida<sup>10</sup>. Incluso el rígido requisito de la subordinación ha sido alguna vez moderado para

<sup>7</sup> P. ej., STJUE de 4 de febrero de 2010 (asunto C-14/09, caso Hava Genc contra Land Berlin). ECLI:EU:C:2010:57. En ella se determina que lo importante no es solo el tiempo de la prestación, sino el carácter real y efectivo de la actividad de que se trate, extremo que corresponde determinar al órgano jurisdiccional remitente.

<sup>8</sup> P. ej., STJUE de 26 de febrero de 1992 (asunto C-357/89, caso V.J.M. Raulin contra Minister van Onderwijs en Wetenschappen). ECLI:EU:C:1992:87. Sobre un contrato de trabajo de escasas y variables horas, propio del sector de la hostelería, en el que, además, la trabajadora no estaba obligada a acudir en caso de llamamiento del empresario (atenuación del requisito de la dependencia). El TJUE determina que este tipo de contrato (*oproep contract*) no impiden considerarlo como un trabajador a efectos de la libre circulación (aunque para la determinación del carácter marginal de la misma el órgano jurisdiccional nacional sí puede tener en consideración la duración de las actividades ejercidas por el interesado para determinar si estas son reales y efectivas o si, por el contrario, se realizan a tan pequeña escala que tienen un carácter meramente accesorio).

<sup>9</sup> P. ej., STJUE de 26 de noviembre de 1998 (asunto C. 1/97, caso Mehmet Birden contra Stadtgemeinde Bremen). ECLI:EU:C:1998:568. Sobre la realización de actividades financiadas con fondos públicos: no es relevante a los efectos de la libre circulación «*que la retribución de la persona interesada se efectúe mediante fondos públicos, puesto que (...) ni el origen de los recursos destinados a la retribución, ni tampoco la naturaleza jurídica sui generis de la relación laboral respecto al Derecho nacional o la productividad más o menos alta del interesado pueden tener ningún tipo de consecuencias respecto al reconocimiento o no de una persona como trabajadora*» (§28).

<sup>10</sup> P. ej., STJUE de 7 de septiembre de 2004 (asunto C-456/02, caso Michel Trojani contra Centre public d'aide sociale de Bruxelles –CPAS–). ECLI:EU:C:2004:488. Dice el TJUE que tiene la consideración de trabajador quien realiza diversas prestaciones –durante cerca de 30 horas semanales–, en el marco de un proyecto de reinserción que proporciona acogida, alojamiento y ayuda psicosocial para fomentar la autonomía, bienestar físico y reinserción social de los beneficiarios. Actividades que son remuneradas en especie más de dinero para sus gastos personales. En este sentido, «*ni la naturaleza jurídica sui generis de la relación laboral con respecto al Derecho comunitario, como tampoco por otro lado la productividad más o menos elevada del interesado o el origen de los recursos para la retribución ni siquiera el nivel limitado de ésta pueden tener consecuencias de ningún tipo en cuanto a la condición de trabajador a efectos del Derecho comunitario*» (§16).

En sentido parecido se había pronunciado el TJUE en la Sentencia de 31 de mayo de 1989 (asunto C-344/87, caso I. Bettray contra Staatssecretaris van Justitie) ECLI:EU:C:1989:226. Pero aquí, aunque el argumentario es casi idéntico, el TJUE concluye que no se puede considerar *trabajador* a un toxicómano que realiza ciertas actividades en el marco de una relación *sui generis* del derecho neerlandés, destinada a mantener, recuperar o promocionar la aptitud laboral de personas que no están en condiciones de trabajar normalmente: «*no pueden considerarse actividades económicas reales y efectivas, puesto que constituyen tan sólo un medio de reeducación o reinserción*».

dar menor peso a la dependencia y más a la ajenidad en los riesgos de la actividad, como sucedió en el interesante y muy importante caso *Agegate*<sup>11</sup>, en donde se plantea la condición de *trabajadores* de los tripulantes de un buque que eran remunerados en función del volumen de capturas. El TJUE reincide en el hecho de que el tipo y la forma de remuneración no es un factor excluyente de este hecho. Sin embargo, y a los efectos que nos interesan, el TJUE pone en relieve la circunstancia de la ajenidad frente a la dependencia, exponiendo que «*a la cuestión de si no existe tal relación laboral debe darse cada vez en función de todos los datos y circunstancias que caracterizan las relaciones entre las partes, como son, por ejemplo, la participación en los riesgos comerciales de la empresa, la libertad de elegir su propio horario y de contratar a sus propios ayudantes*»<sup>12</sup>.

#### 4. El concepto de trabajador en la jurisprudencia europea en relación a las directivas sobre condiciones de trabajo

Comoquiera que el concepto de *trabajador* debe ser interpretado en el contexto del tema de que se trate, el mismo ha sido interpretado de forma diferente en las distintas Directivas que regulan las que podríamos denominar Condiciones de Trabajo o *Working Conditions*, en sentido amplio. Todo ello en función del contenido de las propias Directivas (esto es, si tienen una definición *ad hoc* del concepto de *trabajador*, o por el contrario se remiten a las normas nacionales), pero en consonancia con los principios de no discriminación y libre circulación de trabajadores conforme a la jurisprudencia anteriormente expuesta. Siempre buscando el equilibrio entre el respeto a la soberanía nacional, pero sin menoscabar el derecho de la Unión de forma tal que lo dispuesto en las Directivas pierda todo sentido útil.

Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad (en adelante, Directiva sobre traspaso de empresas): en su artículo 2.1.d) se define el concepto de trabajador como «*cualquier persona que esté protegida como tal en la legislación laboral del Estado miembro de que se trate*», con el límite impuesto en el art. 2.2 indicando que «*La presente Directiva no afectará a la legislación nacional en lo que concierne a la definición de contrato de trabajo o de relación laboral*».

La interpretación jurisprudencial de esta Directiva por el TJUE aboga por una armonización parcial y de mínimos, dejando intacto el derecho de cada EEMM a regular lo que se entiende por relación laboral o contrato de trabajo –siempre que no se excluyan del ámbito de aplicación de la Directiva los contratos, únicamente, por razón del nú-

---

Como vemos, la justificación no es la calificación como *sui generis* de la naturaleza de la relación, ni tampoco el poco tiempo o la escasa remuneración, sino la consideración de la actividad como real y efectiva.

<sup>11</sup> STJUE de 14 de diciembre de 1989 (asunto C-3/87, caso *The Queen* contra *Ministry of Agriculture, Fisheries and Food*, ex parte *Agegate Ltd*). ECLI:EU:C:1989:650.

<sup>12</sup> *Ibid.*, §36.

mero de horas de trabajo realizadas o por realizar o los contratos de trabajo de duración determinada o con empresas de trabajo temporal (ETT's)–.

En particular, el TJUE se pronuncia sobre los cargos de confianza o miembros que tienen participaciones en el capital social de la empresa. A este respecto recuerda que, en la interpretación comunitaria y generalmente aceptada del concepto de *trabajador*, este se extiende a una persona que tenga acciones o sea miembro del Consejo de Administración siempre que no ocupe un puesto dominante en ese Consejo (pues la Directiva no se aplica cuando el puesto ocupado es tal que deja de ser parte subordinada en la relación), y también implica que no cabe la exclusión por el solo hecho de poseer una determinada, o incluso sustancial, cantidad de participaciones en la empresa. Sin embargo, sobre la aplicación de esta interpretación general (propia de la libre circulación) a la Directiva sobre traspaso de empresas<sup>13</sup>, concluye que la misma solo busca «una armonización parcial, esencialmente ampliando la protección garantizada a los trabajadores de forma independiente por la legislación de los Estados miembros para cubrir el caso de transmisión de una empresa. Su objetivo es, por lo tanto, asegurar, en la medida de lo posible, que el contrato de trabajo o la relación laboral continúe sin modificaciones con el cesionario (...) como consecuencia de la transferencia. Sin embargo, no se pretende establecer un nivel uniforme de protección en toda la comunidad sobre la base de criterios comunes»<sup>14</sup>. Por lo que la Directiva solo será de aplicación a aquellas personas que estén protegidas y consideradas como trabajadores por su derecho nacional.

Por otra parte, en relación a los cargos de confianza, dice el TJUE que estos serán considerados trabajadores a efectos de la Directiva, pero solo en relación a la transmisión de la empresa, sin incidir la misma en el grado de protección de cada derecho nacional ofrece a los distintos tipos de contrato, materia que no abarca esta Directiva<sup>15</sup>.

Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio de 1998 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos (*Directiva de despidos colectivos*); y Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea (*Directiva de información y consulta de los trabajadores*). En la primera de ellas no se ha referencia alguna al concepto de *trabajador*, mientras que en la de información y consulta se lo define como «cualquier persona que esté protegida como tal en la legislación laboral nacional y con arreglo a las prácticas nacionales del Estado miembro de que se trate».

<sup>13</sup> En concreto en referencia a la Directiva en su versión anterior (77/187/CEE), en donde no se hacía ninguna alusión al concepto de trabajador.

<sup>14</sup> STJUE de 11 de julio de 1985 (asunto 105/84, caso Foreningen af Arbejdsledere i Danmark contra Société en faillite A/S Danmols Inventar). ECLI:EU:C:1985:331.

<sup>15</sup> STJUE de 13 de junio de 2019 (asunto C-317/18, caso Cátia Correia Moreira contra Município de Portimão). ECLI:EU:C:2019:499. Transmisión de empresa y afectación a un cargo de confianza, en tanto en el derecho nacional la protección otorgada a ese tipo de trabajador difiere de la concedida a otros trabajadores, en la cual se permite resolver el contrato mediante un simple preaviso escrito, en un plazo relativamente breve, y sin que se requiera justa causa. Y a este respecto la Directiva 2001/23 se limita a exigir que una persona esté protegida como trabajador en el marco de la legislación nacional de que se trate, pero sin requerir un determinado contenido o un determinado nivel de protección (§ 35-51).

En este tema de despidos colectivos y derechos de información, son relevantes las interpretaciones del TJUE sobre la exclusión de determinadas categorías de trabajadores como tales en las normas nacionales. Aquí el TJUE retoma la doctrina general de la libre circulación para aclarar que la remisión al derecho nacional no puede privar a la Directiva de su efecto útil y armonizador, y que siempre que se cumplan los criterios objetivos de prestación de servicios, remuneración y subordinación, la Directiva debe serles de aplicación con independencia de la naturaleza jurídica atribuida al contrato<sup>16</sup>. El análisis se centra, en estos casos, en el criterio de la subordinación, que se suaviza para poder aplicar la Directiva, recordando nuevamente que, aunque en determinados puestos este requisito puede verse atenuado por las amplias facultades conferidas (como en el caso del consejero o del administrador societario), si este actúa bajo las órdenes de un tercero, debe rendir cuentas a un órgano superior o puede ser cesado por el mismo, cabrá considerarlo como trabajador, a pesar de que en la norma nacional la naturaleza de la relación tenga carácter mercantil y no laboral<sup>17</sup>.

También es relevante a estos efectos cierto pronunciamiento del TJUE aclarando que no todos estos altos cargos lo son de grandes empresas (en alusión al argumento de la falta de necesidad de protección a estos cargos por parte de la Directiva) y, por lo tanto, son merecedores del mismo nivel de defensa<sup>18</sup>; asimismo, su exclusión no solo produciría un perjuicio individual, sino que podría tener carácter colectivo si, con su eliminación, la Directiva de despidos colectivo no resultase de aplicación por no alcanzarse los umbrales establecidos<sup>19</sup>.

Finalmente, cabe señalar de forma importante que, cuando en el derecho nacional la relación ya ha sido calificada como laboral, la exclusión que se haga de determinadas categorías de trabajadores (a trabajos atípicos o exclusiones arbitrarias a efectos de la Directiva) no

---

<sup>16</sup> STJUE de 13 de febrero de 2014 (asunto C-596/12, caso Comisión Europea contra República Italiana). ECLI:EU:C:2014:77. Recurso de incumplimiento contra Italia por haber excluido a los “*dirigenti*” en la transposición de la Directiva 98/59/CE

<sup>17</sup> STJUE de 9 de julio de 2015 (asunto C-229/14, caso Ender Balkaya contra Kiesel Abbruch-und Recycling Technik GmbH). ECLI:EU:C:2015:455. Respecto de la menor intensidad de la subordinación del consejero, el TJUE dice que «*el hecho de que una persona tenga la condición de miembro de un órgano de dirección de una sociedad de capital no puede excluir por sí solo que esa persona se halle en una relación de subordinación respecto a dicha sociedad (...) En efecto, procede examinar las condiciones en las que ese miembro fue contratado, la naturaleza de las funciones que se le encomendaron, el marco en que se ejercen estas últimas, el alcance de las facultades del interesado y el control de que es objeto en el seno de la sociedad, así como las circunstancias en que puede ser destituido*».

<sup>18</sup> *Ibid*, §45-46: «*debe rechazarse la argumentación (...) según la cual un administrador (...) no necesita la protección que ofrece la Directiva 98/59 en caso de despidos colectivos pues] nada indica que un empleado que es miembro de la dirección de una sociedad de capital, concretamente de una pequeña o mediana sociedad como la controvertida en el asunto principal, se encuentra forzosamente en una situación diferente a la de otras personas empleadas por esa sociedad en lo que respecta a la necesidad de mitigar las consecuencias de su despido...*».

<sup>19</sup> *Ibid*, §33: «*el concepto de «trabajador» (...) de la Directiva 98/59 no puede definirse mediante una remisión a las legislaciones de los Estados miembros, sino que debe interpretarse de manera autónoma y uniforme en el ordenamiento jurídico de la Unión (...). De no ser así, los modos de cálculo de los umbrales que prevé dicho precepto, y por tanto los propios umbrales, estarían a disposición de los Estados miembros, lo que permitiría a éstos alterar el ámbito de aplicación de la citada Directiva y privarla de su plena eficacia*».

estará permitida<sup>20</sup>. Es decir, que cuando ya el derecho nacional ha reconocido a la persona como trabajadora, no será necesario acudir a la doctrina construida sobre la libre circulación de trabajadores (la cual ha sentado las bases sobre esa definición genérica del *trabajador* en el derecho europeo), pues ya el propio derecho interno ha reconocido su naturaleza.

Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario (Directiva de Insolvencia). En esta tampoco hay una definición del concepto de trabajador, sino que en su art. 2.2 se dispone que «*La presente Directiva no afectará al Derecho nacional en lo que se refiere a la definición de los términos “trabajador asalariado” (...)*», reiterando también en este texto la imposibilidad de los EEMM de excluir de tal concepto a los trabajadores a tiempo parcial, con contrato de duración determinada o que presten servicios para una ETT.

Por lo tanto, al hilo de todo lo ya expresado, el TJUE recuerda que el derecho nacional no puede excluir del ámbito de aplicación de la Directiva a determinadas categorías de trabajadores, ni tampoco hacerlo por el carácter irregular de su situación<sup>21</sup>, por cuanto en ella lo *único* que se protege es el derecho de crédito por el trabajo realizado. Y los EEMM solamente podrían «*excluir del ámbito de aplicación de la presente Directiva los créditos de determinadas categorías de trabajadores asalariados, en razón de la existencia de otras formas de garantía que ofrezcan a los trabajadores afectados una protección equivalente a la que resulta de la presente Directiva*» (art. 1.2 de la Directiva). Sin embargo, en la interpretación del concepto de *trabajador* en el ámbito de aplicación de la presente Directiva, encontraremos que toma mayor trascendencia el concepto y cuantía de la remuneración (el crédito que se reclama), que otros criterios como el de la dependencia o la subordinación.

Directiva 97/81/CE del Consejo de 15 de diciembre de 1997 relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES (Directiva sobre el trabajo a tiempo parcial). Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999 relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada (Directiva sobre el trabajo de duración determinada). Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal (Directiva ETT's). Estas tres Directivas implementan la protección a este tipo de contratos de menor duración o jornada, lo cual ya se ha visto reflejado en otras Directivas (*supra*) que impiden expresamente la exclusión de este tipo de contratos del ámbito de aplicación de aquellas.

La jurisprudencia del TJUE en este tema ha sido muy clarificadora ya que, aunque el Tribunal sigue haciendo equilibrios entre la futilidad del concepto de *trabajador* en función del ámbito de que se trate y la preservación del derecho europeo y la utilidad de

---

<sup>20</sup> P. ej., STJUE de 18 de enero de 2007 (asunto C-385/05, caso Confédération générale du travail (CGT) y otros contra Premier ministre y Ministre de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement). ECLI:EU:C:2007:3. Reiterando criterio en la STJUE de 15 de enero de 2014 (asunto C-176/12, caso Association de médiation sociale contra Union locale des syndicats CGT y otros). ECLI:EU:C:2014:2.

<sup>21</sup> P. ej., STJUE de 5 de noviembre de 2014 (asunto C-311/13, caso O. Tümer contra Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen). ECLI:EU:C:2014:2337.

las Directivas, de ciertos pronunciamientos se extraen ideas de suma importancia, fundamentalmente dos: primero, que una vez el derecho nacional ha calificado la relación como laboral, la Directiva no puede dejar de serle de aplicación en virtud de la duración del contrato o la jornada o el tipo de empleador (ETT); y segundo, que la Directiva no impide que se excluyan de su ámbito de aplicación las relaciones de naturaleza distinta a la laboral, siempre que esto no se haga de forma arbitraria y responda a la realidad del vínculo, esto es: que la delimitación «*deberá efectuarse partiendo de la distinción entre esta categoría y la de las profesiones autónomas*»<sup>22</sup>.

En correspondencia a lo anterior, tampoco podrá dejar de ser considerada como *trabajadora* una persona por la simple calificación jurídica que se haga de su relación laboral en su derecho nacional<sup>23</sup>, pues la naturaleza de la misma se determinará con arreglo al texto de la Directiva y al derecho de la unión (criterios objetivos tradicionales para la definición del trabajo asalariado: prestación de servicios, remuneración y subordinación).

Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (Directiva de seguridad salud de los trabajadores). En esta Directiva aparece una suerte de definición del concepto de trabajador, considerando como tal a «*cualquier persona empleada por un empresario, incluidos los trabajadores en prácticas y los aprendices, con exclusión de los trabajadores al servicio del hogar familiar*» (art. 3.a), y sin importar que el sector de actividad tenga carácter público o privado (art. 2.1).

La jurisprudencia del TJUE sobre la interpretación del concepto de trabajador en el ámbito de aplicación de la presente Directiva ha sido de suma importancia. Por un lado, por verter sobre ella toda la doctrina sobre la libre circulación de trabajadores ya expuesta (*test de Lawrie-Blum*) y expandir la protección de esta Directiva<sup>24</sup> –y las otras de derecho derivado (en particular sobre la protección de la trabajadora embarazada)<sup>25</sup>– a todos los trabajadores que respondan a aquellos criterios objetivos (naturaleza del vínculo). Por otro, se ahonda en la importancia de la subordinación y en la irrelevancia de que los EEMM califiquen el vínculo como laboral o mercantil<sup>26</sup>, pues no es relevante que

<sup>22</sup> STJUE de 1 de marzo de 2012 (asunto C-393/10, caso Dermot Patrick O'Brien contra Ministry of Justice). ECLI:EU:C:2012:110. Interpretación de la Directiva sobre el trabajo a tiempo parcial, sobre los servicios prestados por un juez que ejercía a tiempo parcial, y al que se le deniega la pensión de jubilación. (§44)

<sup>23</sup> STJUE de 17 de noviembre de 2016 (asunto C-216/15, caso Betriebsrat der Ruhrlandklinik gGmbH contra Ruhrlandklinik gGmbH). ECLI:EU:C:2016:883. Interpretación de la Directiva ETT's, sobre el concepto de trabajador y de actividad económica en relación al personal de enfermería que era puesto a disposición de un establecimiento sanitario por una asociación sin ánimo de lucro. La relación no era considerada contrato de trabajo, sino que se realizaba por un vínculo de afiliación a la entidad.

<sup>24</sup> STJUE de 20 de septiembre de 2007 (asunto C-116/06, caso Sari Kiiski contra Tampereen kaupunki). ECLI:EU:C:2007:536.

<sup>25</sup> Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE).

<sup>26</sup> STJUE de 11 de noviembre de 2010 (asunto C-232/09, caso Dita Danosa contra LKB Lizings SIA). ECLI:EU:C:2010:674.

en el derecho interno la prestación de servicios quede fuera de su legislación laboral. De este modo, que la relación sea calificada como de trabajo autónomo, no excluye *per se* la protección de la Directiva si de los hechos se deduce que mediante su empleo se encubre una relación laboral ordinaria<sup>27</sup>.

Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea (Directiva sobre condiciones laborales transparentes). Para concluir, no podemos olvidar esta reciente Directiva, mediante la cual se pretendía hacer realidad ese deseo del Parlamento Europeo<sup>28</sup> que pedía colaboración de los interlocutores sociales y de la Comisión «*para presentar una propuesta de Directiva marco sobre unas condiciones de trabajo dignas en todas las formas de empleo*» con el fin de «*mejorar la aplicación de la legislación de la Unión, ampliar la seguridad jurídica en todo el mercado interior y evitar la discriminación complementando la legislación vigente de la Unión y garantizando a todos los trabajadores un conjunto básico de derechos exigibles, independientemente del tipo de contrato o de relación laboral*».

Sin embargo, a pesar de los admirables fines perseguidos por la norma en su primer artículo («*mejorar las condiciones de trabajo mediante la promoción de un empleo que ofrezca una transparencia y una previsibilidad mayores, a la vez que se garantiza la capacidad de adaptación del mercado laboral*»), el concepto de trabajador que fue propuesto en los proyectos iniciales de la Directiva brilla por su ausencia. Y aunque su regulación sí se dirige con claridad a la persecución de esos derechos laborales mínimos, la ausencia de definición del concepto de *trabajador* volverá a requerir los servicios del TJUE, haciendo más difícil al ciudadano europeo esa tan amplia protección a que la Directiva aspira.

## 5. Conclusiones: ¿es realmente posible un derecho europeo del trabajo?

La pequeña –aunque relevante– muestra de jurisprudencia del TJUE hasta ahora presentada no incluye otros ámbitos igualmente importantes en los que el concepto de *trabajador* ha sido interpretado: derecho de la competencia, competencia judicial y ley aplicable, o las resoluciones sobre la aplicación del principio de no discriminación del TFUE. Sin embargo, sí nos da una idea bastante aproximada de la dirección en la que se mueve el Tribunal en relación a la aplicación de las normas sobre protección de los trabajadores. Pudiendo realizar una serie de afirmaciones al respecto:

*Primero.* Que las Directivas sobre condiciones de trabajo (a excepción de la Directiva sobre condiciones laborales transparentes, cuyo ámbito subjetivo es mayor) pretenden lograr una armonización parcial, esto es, dotar de protección a los trabajadores en relación al tema concreto que se trate, sin influir en las restantes normas laborales internas.

<sup>27</sup> STJUE de 13 de enero de 2004 (asunto C-256/01, caso Debra Allonby contra Accrington & Rossendale College y otros). ECLI:EU:C:2004:18.

<sup>28</sup> *Op. cit.*, European Parliament resolution of 19 January 2017.

*Segundo.* Que esa armonización parcial no implica dar carta blanca a los EEMM para excluir del ámbito de protección de esas Directivas a ciertas categorías de trabajadores de forma arbitraria.

*Tercero.* La jurisprudencia del TJUE sobre libre circulación es la que se ha ido imponiendo a lo largo de los años, construyendo una definición generalista sobre el *trabajador ordinario*, basado en los criterios del *test de Lawrie-Blum*: actividad económica (que debe ser real y efectiva; y que podrá ser pública y privada –salvo que la Directiva excluya a los trabajadores de la Administración Pública, exclusión que se ha aplicado de forma muy restrictiva–), la remuneración (no importando que esta provenga esta de fondos públicos), y la subordinación o dependencia (criterio este que puede modularse en función de las circunstancias), debiendo también tenerse en cuenta, según los casos, la ajenidad en la asunción de los riesgos.

Por lo tanto, podemos concluir que, aunque con algunas excepciones, el TJUE examina el concepto de trabajador en contraposición a la figura del empleador o del trabajo por cuenta propia. Y aunque existen otras relaciones *sui generis* controvertidas (como el de las prácticas profesionales, los aprendices o los programas estatales de reincursión y empleo), la mayoría de conflictos se solventarían deslindado las prestaciones por cuenta ajena de las otras por cuenta propia (titular de la empresa y trabajador autónomo no dependiente).

En este sentido, la fuerza de la jurisprudencia del TJUE sobre el examen del criterio de la dependencia cobraría una importancia aún mayor, y serviría de base a la construcción de un concepto europeo de trabajador. Y ello no significaría, en ningún caso, menoscabar el derecho nacional, pues tal definición sería armonizadora de las propias Directivas europeas ya existentes, no alcanzado a las restantes normas laborales internas.

En cuanto al proceder legislativo, la Directiva sobre condiciones laborales transparentes hubiera sido un instrumento perfecto, y quién sabe si no es posible este planteamiento para una modificación futura. Por otro lado, cabe preguntarse si, a la postre, podríamos encontrar un Reglamento europeo unificador, que incluyese en un solo texto el contenido de todas –o al menos de gran parte– de las Directivas existentes en materia de condiciones de trabajo. Y aunque parece una quimera, no es baladí plantearlo a efectos de simplificar el derecho de la unión y, con él, la eterna cuestión sobre qué se considera trabajador en el territorio común. Asimismo, las ventajas de la aplicación directa del Reglamento frente a la Directiva son evidentes, aunque resultaría complicado en atención a la fórmula legislativa del art. 153.2 del TFUE.

Sea como fuere, la petición de esta definición de *trabajador* no es nueva, pero sí constante y relativamente urgente si lo que se quiere conseguir es ese derecho del trabajo de mínimos que el Parlamento Europeo ambicionaba y al que la Directiva sobre condiciones laborales transparentes ha pretendido acercarse. Y como el Parlamento Europeo enumeraba en su citada Resolución, en esos derechos mínimos «*figurarían la igualdad de trato, la protección de la salud y la seguridad, la protección durante el permiso de maternidad, disposiciones sobre el tiempo de trabajo y de descanso, el equilibrio entre vida profesional*

y privada, el acceso a la formación, el apoyo en el trabajo a las personas con discapacidad, derechos de información, consulta y participación adecuados, la libertad de asociación y representación, la negociación colectiva, y la acción colectiva», subrayando que los mismos deberían «aplicarse a los empleados y a todos los trabajadores que ejercen su actividad en formas no convencionales de empleo sin modificar necesariamente las directivas existentes».

Es decir, que con la definición de este concepto se beneficiaría no solo a los *trabajadores ordinarios* cuya condición como tal no se discute, sino a quienes se quedan sin protección por las particulares características de su actividad y forma de que esta es prestada: nuevas formas de empleo (tecnología de la información y trabajo en plataformas), trabajos comúnmente atípicos o relaciones especiales y, por último, y para intentar acabar con un debate tradicional y enquistado, la participación en los órganos de administración de las sociedades y en su capital social.

## 6. Bibliografía

- BARNARD, Catherine, *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*. Oxford, Oxford University Press (6<sup>th</sup> ed.), 2019.
- CABEZA PEREIRO, Jaime, *El ámbito del trabajo subordinado y del trabajo autónomo en el derecho de la Unión Europea*. Albacete, Editorial Bomarzo (1<sup>a</sup> ed.), 2020.
- GIUBBONI, Stefano, Being a worker in EU law. *European Labour Law Journal*. Bélgica, Editorial Board, volumen 9, núm. 3, sep. 2018, pp. 223–235. <https://doi.org/10.1177/2031952518791828>
- MENEGATTI, Emanuele, The Evolving Concept of “worker” in EU law. *Italian Labour Law E-Journal*. Bolonia, Italia, Dipartimento di Sociologia e Diritto dell’Economia (SDE), volumen 12, núm. 1, 2019, pp. 71–83. <https://doi.org/10.6092/issn.1561-8048/9699>
- RAMOS QUINTANA, Margarita Isabel, El Pilar Europeo de Derechos Sociales: la nueva dimensión social europea. *Revista de Derecho Social*. Albacete, Editorial Bomarzo, núm. 77, 2017, pp. 19-42.
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Yolanda. Concepto de trabajador en la jurisprudencia del tribunal de justicia de la unión europea (Capítulo II). Antonio Sempere Navarro (dir.), *Las fronteras del contrato de trabajo en la jurisprudencia*, Madrid, BOE (1<sup>a</sup> ed.), 2020, pp. 53-91.

### *Jurisprudencia*

- STJUE de 12 de mayo de 1998 (asunto C-85/96, caso María Martínez Sala contra Freistaat Bayern) ECLI:EU:C:1998:217.
- STJUE de 26 de abril de 2007, (asunto C-392/05, caso Georgios Alevizos contra Ypourgos Oikonomikon) ECLI:EU:C:2007:251.

- STJUE de 3 de julio de 1986 (asunto 66/85, caso Deborah Lawrie-Blum contra Land Baden-Württemberg). ECLI:EU:C:1986:284.
- STJUE de 4 de febrero de 2010 (asunto C-14/09, caso Hava Genc contra Land Berlin). ECLI:EU:C:2010:57.
- STJUE de 26 de febrero de 1992 (asunto C-357/89, caso V.J.M. Raulin contra Minister van Onderwijs en Wetenschappen). ECLI:EU:C:1992:87.
- STJUE de 26 de noviembre de 1998 (asunto C. 1/97, caso Mehmet Birden contra Stadt-gemeinde Bremen). ECLI:EU:C:1998:568.
- STJUE de 7 de septiembre de 2004 (asunto C-456/02, caso Michel Trojani contra Centre public d'aide sociale de Bruxelles -CPAS-). ECLI:EU:C:2004:488.
- STJUE de 31 de mayo de 1989 (asunto C-344/87, caso I. Bettray contra Staatssecretaris van Justitie) ECLI:EU:C:1989:226.
- STJUE de 14 de diciembre de 1989 (asunto C-3/87, caso The Queen contra Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Agegate Ltd). ECLI:EU:C:1989:650.
- STJUE de 11 de julio de 1985 (asunto 105/84, caso Foreningen af Arbejdsledere i Danmark contra Société en faillite A/S Danmols Inventar). ECLI:EU:C:1985:331.
- STJUE de 13 de junio de 2019 (asunto C-317/18, caso Cátia Correia Moreira contra Município de Portimão). ECLI:EU:C:2019:499.
- STJUE de 13 de febrero de 2014 (asunto C-596/12, caso Comisión Europea contra República Italiana). ECLI:EU:C:2014:77.
- STJUE de 9 de julio de 2015 (asunto C-229/14, caso Ender Balkaya contra Kiesel Abbruch- und Recycling Technik GmbH). ECLI:EU:C:2015:455.
- STJUE de 18 de enero de 2007 (asunto C-385/05, caso Confédération générale du travail (CGT) y otros contra Premier ministre y Ministre de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement). ECLI:EU:C:2007:3.
- STJUE de 15 de enero de 2014 (asunto C-176/12, caso Association de médiation sociale contra Union locale des syndicats CGT y otros). ECLI:EU:C:2014:2.
- STJUE de 5 de noviembre de 2014 (asunto C-311/13, caso O. Tümer contra Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen). ECLI:EU:C:2014:2337.
- STJUE de 1 de marzo de 2012 (asunto C-393/10, caso Dermot Patrick O'Brien contra Ministry of Justice). ECLI:EU:C:2012:110.
- STJUE de 17 de noviembre de 2016 (asunto C-216/15, caso Betriebsrat der Ruhrländklinik gGmbH contra Ruhrländklinik gGmbH). ECLI:EU:C:2016:883.
- STJUE de 20 de septiembre de 2007 (asunto C-116/06, caso Sari Kiiski contra Tamperen kaupunki). ECLI:EU:C:2007:536.
- STJUE de 11 de noviembre de 2010 (asunto C-232/09, caso Dita Danosa contra LKB Līzings SIA). ECLI:EU:C:2010:674.
- STJUE de 13 de enero de 2004 (asunto C-256/01, caso Debra Allonby contra Accrington & Rossendale College y otros). ECLI:EU:C:2004:18

# La cotización de las prácticas académicas externas a la luz de los nuevos cambios introducidos por el RD-ley 2/2023, de 16 de marzo

## The pricing of external academic practices in the light of the new changes introduced by RD-law 2/2023, March 16

David Crespo Ortiz

*Investigador no doctor de la UVEG*

ORCID ID: 0009-0003-4426-2571

Recibido: 12/1/2024

Aceptado: 31/1/2024

doi: 10.20318/labos.2024.8403

*Resumen:* Mediante el RD-ley 2/2023, de 16 de marzo, el ejecutivo creaba una nueva regulación para los alumnos universitarios y de Formación Profesional que realizaran prácticas formativas no laborales en el marco de sus diferentes programas de estudio, insertándolos sin distinción de remuneración en el Régimen General de la Seguridad Social con obligación de cotizar. Tal reforma no ha estado carente de oposición tanto por parte de los centros formativos como por parte de las empresas. Con objeto de entender la presente situación analizamos la trayectoria de la cuestión, las principales características de esta cotización, y cuestionamos las razones detrás de la obligación impuestas a centros educativos y empresas.

*Palabras clave:* cotización, prácticas no laborales, Seguridad Social, alumnado, universidad.

*Abstract:* Through the RD-Law 2/2023 of March 16, the government established new regulations for university and vocational training students participating in non-labor internships within their various study programs. These students are incorporated, without distinction of compensation, into the General Social Security System with an obligation to contribute. This reform has not been without opposition from both educational institutions and companies. To comprehend the current situation, we analyze the trajectory of the issue, the key features of this contribution, and question the reasons behind the obligations imposed on educational institutions and companies.

*Keywords:* contribution, external internships, Social Security, students, non-labor internships, university.

## 1. Introducción y antecedentes

El pasado mes de marzo se aprobaba mediante Real Decreto-Ley una medida anunciada desde 2019, la reforma de la cotización de las prácticas académicas, tanto de estudios universitarios como de formación profesional, mediante la inclusión en el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, de una Disposición Adicional quincuagésima segunda.

Estas medidas afectaban en un primer momento al régimen jurídico de la Seguridad Social de los participantes de determinados programas de formación, en aquello que ha venido en llamarse prácticas externas académicas, una actividad a medio camino entre lo formativo y lo laboral y que es necesario distinguir de otras realidades de carácter también dual (vid. Todolí Signes, 2015b).

La idea de que los estudiantes que realizan prácticas deban cotizar por su actividad en empresas u otros entes no es algo nuevo. El Acuerdo Social y Económico entre el gobierno y los agentes sociales de febrero de 2011, concretamente la parte II del acuerdo llamada Acuerdo para la Reforma y el Fortalecimiento del Sistema Público de Pensiones, ponía de manifiesto cómo la entrada al mercado de trabajo de los más jóvenes se producía generalmente a través de programas formativos que carecían de una adecuada protección social. Ante esta realidad de “prelaboralidad” sin las suficientes garantías y protecciones sociales se acordaba que:

Los programas formativos, de formación profesional o universitarios, gozarán de la misma protección que los contratos formativos, con las mismas limitaciones temporales, y los entes y empresas que los financien deberán cotizar a la Seguridad Social por los beneficiarios en los mismos términos<sup>1</sup>.

Fruto de este compromiso resultó la promulgación de la disposición adicional tercera de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. Mediante esta disposición se encomendaba al gobierno que, en el plazo máximo de tres meses desde su publicación, procediera a adecuar la normativa y establecer los mecanismos necesarios para que aquellas personas que lleven a cabo prácticas formativas que comporten contraprestaciones económicas, en el marco de la realización de estudios universitarios o de formación profesional, quedasen insertas en el Régimen General de la Seguridad Social asimiladas a trabajadores por cuenta ajena, con ciertas peculiaridades.

La razón de excluir a los estudiantes que, en idéntica situación, realizan prácticas no remuneradas no parece tan clara, sobre todo si se piensa que de lo que se trataba en un primer momento era de ampliar la protección del alumnado frente a esta modalidad de “acceso” al mundo del trabajo. En efecto, lo que motiva incluir al alumnado de prácticas en un sistema de cotización según el propio acuerdo es la necesidad de ampliar la protección social a este colectivo. Sin embargo, al determinar que unos coticen si reciben ingresos y otros no parece haber un cambio o limitación en el interés, pues queda expul-

---

<sup>1</sup> Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. (2011). Acuerdo Social y Económico (p. 11).

sada una gran parte del colectivo destinatario. El porqué de este cambio o limitación en mi opinión puede responder a varias razones que intentaré exponer brevemente.

La primera puede ser simplemente una preconcepción sistémica, se impuso limitar la cotización a los estudiantes remunerados por estar estos en una situación similar a la de un trabajador de acuerdo al art. 1.1 del ET mientras que no ocurría así con los no remunerados, más cercanos a la idea de los “trabajos amistosos, benévolos y de buena vecindad” que escapan de la regulación laboral (Romero Martín, 2015); así el binomio cotización-trabajo asalariado era trasladable mentalmente sin demasiada complicación a cotización-práctica remunerada, mientras que no parecía de “sentido común” hacer lo propio en el caso de las prácticas no remuneradas. En otras palabras, se cotizaban las remuneradas porque se parecían más a un “trabajo” y porque había un “sueldo” sobre el que cotizar.

La segunda razón por la que limitar tan sólo la cotización a quienes recibían contraprestación supone entender la medida no desde una lógica de dar cobertura social a un determinado colectivo sino más bien evitar o aminorar posibles fraudes. Casos en los que mediante la figura de la beca se escondiera una contraprestación que respondiese efectivamente a un salario, aplicando una cotización sobre ese “salario encubierto” se frustraría la motivación defraudatoria, al menos a favor de la TGSS. Si bien puede ser una forma de mitigar las cantidades defraudadas, no supone esto una verdadera solución, pues tales casos deberían reconducirse siempre hacia la reclasificación como relación laboral de la situación, pues la protección de la que goza la persona trabajadora no se limita a la cotización, y no se garantiza si no se reconoce la existencia de relación laboral.

Una tercera causa de la exclusión puede deberse simplemente a la interpretación que el legislador hace del Acuerdo Social y Económico. El propio Acuerdo indicaba que la cotización respecto de la persona que realiza las prácticas debía correr a cargo de los «entes y empresas que los financien (los programas de prácticas)», este concepto de “financiar los programas de prácticas” no queda determinado por el acuerdo y sin duda pueden realizarse distintas interpretaciones del mismo. Sin embargo, puede entenderse tal financiación como la constitución de una bolsa económica a beneficio del becario y esta parece que fue la interpretación del legislativo. Ahora bien, aunque se acepte que efectivamente fue el propio Acuerdo el que determinó la exclusión de los estudiantes no remunerados de la cobertura, seguimos ante el mismo problema, pues las razones que se exponen para proceder a cotizar las prácticas son la protección social del colectivo, sin aportar razón alguna que determine el porqué de la discriminación entre los miembros del mismo por razón de recibir o no una contraprestación.

Por último, bien podría ser que la exclusión fuera simplemente una concesión propia de la negociación con los distintos agentes implicados. En todo caso, ninguna de estas razones parece justificar la discriminación entre los alumnos de prácticas remuneradas y los de prácticas no remunerados si atendemos a los fines que su inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social buscaba alcanzar: extender la protección de la que goza el trabajador asalariado al alumno que realiza su frecuentemente primera inmersión en el mundo laboral a través de las prácticas formativas.

El mandato de la Ley 27/2011 dará pie, a nivel reglamentario, al RD 1493/2011 de 24 de octubre. Este escueto documento de tan sólo 5 artículos determina una serie de líneas generales de la cotización de las prácticas académicas que no han variado sustancialmente ni siquiera con las innovaciones ocurridas este año. De esta forma se definen las siguientes características básicas:

- 1) Inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social como asimilados a trabajadores por cuenta ajena.
- 2) Exclusión de la protección por desempleo.
- 3) Cotización por contingencias comunes y profesionales.
- 4) No cotización por desempleo, formación profesional ni Fondo de Garantía Salarial.
- 5) La cotización se llevará a cabo de acuerdo con las formas de cotización de los contratos formativos.
- 6) Queda obligado como empresario ante la Seguridad Social la entidad que financie el programa de prácticas o la que en última instancia haga efectiva la contraprestación económica.

Menos de un mes después de su publicación, otro RD 1707/2011, de 18 de noviembre, especificaba en su Disposición Adicional Primera que tales medidas no serían de aplicación a los estudiantes universitarios. De esta forma se reducía aún más el colectivo objeto de protección, ya sólo cotizarían los estudiantes de Formación Profesional de prácticas remuneradas. Sin embargo, tal excepción para los estudiantes universitarios no duró mucho tiempo. El sindicato CCOO impugnó la D<sup>o</sup>Ad. 1<sup>a</sup> del RD 1707/2011, que fue declarada nula por una mera cuestión procedimental en STS Sala de lo Contencioso, de 21 de mayo de 2013, rec. 171/2012, aunque existían razones de fondo para igualmente haber declarado la nulidad (Álvarez Cortés, 2013; Todolí Signes, 2015a). Así, a partir de la publicación de la sentencia en el BOE el 28 de junio de 2013 quedaba anulada no sólo la disposición primera sino todo el Real Decreto 1707/2011. El posterior RD 592/2014, de 11 de julio, en vigor, vino a sustituir al RD anulado, si bien en esta ocasión ya no se excluyó a los alumnos universitarios de la cotización por la realización de prácticas externas.

No será hasta el Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo, cuando se produzca un cambio de paradigma que, corrigiendo la situación anterior busque la inclusión en el sistema de Seguridad Social tanto al alumnado que curse prácticas remuneradas como del que curse prácticas no remuneradas. Así, la disposición adicional quinta del texto introduce nuevamente un mandato al gobierno para desarrollar, en el plazo de tres meses, la normativa reglamentaria adecuada que garantice los siguientes puntos (algunos de los cuales ya estaban presentes en el RD 1493/2011):

- 1) Cotizarán por sus prácticas tanto los alumnos universitarios como los de Formación Profesional de grado medio o superior, tengan o no carácter remunerado.

- 2) Se mantiene la inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, pero se especifica la excepción de los que realicen prácticas en embarcaciones, que quedarán sujetos al Régimen Especial de los Trabajadores del Mar.
- 3) En las prácticas no remuneradas el obligado ante la Seguridad Social será el ente dónde se realicen las prácticas, pero cabe la posibilidad de que la obligación sea asumida por el centro formativo de origen si así se pacta en el convenio de prácticas. En el caso de las prácticas remuneradas se determinará de acuerdo con la normativa aplicable a cada caso.
- 4) Se cotizará según las reglas de la cotización de los contratos para la formación y el aprendizaje en las prácticas remuneradas.
- 5) No se cotizará por desempleo, formación profesional ni al Fondo de Garantía Salarial.

Como recoge el preámbulo del RD-ley, tal medida se entendió como extraordinaria y de urgente necesidad para poner fin a una situación de desprotección que debía finalizar lo antes posible, lo que justificó su inclusión en un Real Decreto Ley de medidas urgentes en materia social, laboral y empleo. Sin embargo, tan apremiante necesidad fue quedando relegada y el periodo de tres meses dado al gobierno para materializar la medida acabó convirtiéndose en algo más de cuatro años.

Efectivamente, habría que esperar hasta principios de 2023 cuando mediante otro Real Decreto-ley de medidas urgentes 2/2023, de 16 de marzo, se toma el testigo y se dota de contenido normativo aquella urgente necesidad apreciada años atrás. Así en el apartado 34 de su artículo único, este RD-ley añadía la citada disposición adicional quincuagésima segunda a la LGSS. Sin embargo, todavía debían sucederse dos RD-ley de medidas urgentes ese mismo año para acabar de perfilar una implantación no exenta de problemática.

Los cambios y las matizaciones que se han ido produciendo, y que actualmente se producen, sobre esta medida son continuos y cabe esperar que continúen siéndolo. Analizaré a continuación a grandes rasgos las principales características de esta cotización, principalmente en lo referente a las prácticas no remuneradas como la novedad más destacada. También trataré de relatar algunos de los problemas y oposiciones suscitados ante su aplicación y cuestionaré las razones que han determinado los sujetos obligados ante la Seguridad Social.

## 2. Situaciones incluidas

Una de las cuestiones más controvertidas supone entender qué queda dentro de la aplicación de la D<sup>o</sup>Ad 52<sup>a</sup> LGSS. En su enunciado, el apartado 1 de la disposición establece que será de aplicación a las «prácticas formativas en empresas, instituciones o entidades incluidas en programas de formación y la realización de prácticas académicas externas al amparo de la respectiva regulación legal y reglamentaria». A continuación, dentro del

mismo apartado se enumera un listado de situaciones concretas que quedan comprendidas en el anterior enunciado. En una primera redacción del listado se incluían sólo las prácticas externas universitarias dirigidas a la obtención de una titulación oficial o titulación propia de la universidad y las prácticas de los alumnos de formación profesional no intensiva.

En concreto se hacía referencia a las prácticas externas universitarias que recoge el artículo 24 del RD 1791/2010, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto del Estudiante Universitario; y la “fase de formación en empresa u organismo equiparado” del artículo 9 del RD 659/2023, de 18 de julio, por el que se desarrolla la ordenación del Sistema de Formación Profesional, que ha venido a substituir en su redacción al llamado módulo de Formación en Centros de Trabajo recogido en el artículo 25 del anterior RD 1147/2011, de 29 de julio, por el que se establecía la ordenación general de la formación profesional del sistema educativo.

Este primer listado fue posteriormente ampliado mediante el RD-Ley 8/2023, de 27 de diciembre, el cual en su artículo 80 incluyó a las prácticas de las Enseñanzas Artísticas Superiores, de las enseñanzas artísticas profesionales y enseñanzas deportivas del sistema educativo como sujetas a la aplicación de la D<sup>o</sup>Ad. 52<sup>a</sup>.

Respecto de las prácticas externas universitarias, aunque pueda resultar una obviedad, cabe entender que no se está distinguiendo entre si se realizan fuera o dentro de la organización formativa como tal, sino que la distinción se encuentra respecto de la forma que adoptan las prácticas con doble tutorización y en una relación tripartita determinada mediante un convenio de prácticas, aunque tales prácticas se produzcan dentro de la organización de la misma universidad<sup>2</sup>. Por tanto, también deben entenderse como prácticas externas las que el alumnado efectúe en dependencias u organismos propios de la universidad, siempre que no se trate de una suerte de prácticas integradas dirigidas exclusivamente por el tutor académico y siempre que cumplan con los requisitos del RD 592/2014, de 11 de noviembre, aun cuando estas sean denominadas por los propios centros como prácticas internas o incluidas en Programas de Formación Interna<sup>3</sup>.

Cabe destacar que del propio tenor literal del apartado 1 de la D<sup>o</sup>Ad 52<sup>a</sup> LGSS no resulta claro si debemos entender como incluidas o no en el nuevo régimen de cotización las prácticas extracurriculares universitarias. En este sentido, si bien el apartado primero determina que la nueva cotización será de aplicación a las prácticas académicas externas, sin diferenciar entre curriculares o extracurriculares, también añade una enumeración de tipos donde sólo hace referencia a aquellas prácticas universitarias que estén dirigidas a

---

<sup>2</sup> Art. 2.2 del RD 592/2014, de 11 de noviembre, por el que se regulan las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios: «*Podrán realizarse en la propia universidad o en entidades colaboradoras, tales como, empresas, instituciones y entidades públicas y privadas en el ámbito nacional e internacional*»

<sup>3</sup> Citando algunos ejemplos tenemos la Universidad de Miguel Hernández (<https://observatorio.umh.es/personal-umh-paspedi/programa-de-practicas-internas/>), la Universidad de Sevilla (<https://www.us.es/estudiar/que-estudiar/oferta-de-masteres/master-universitario-en-psicologia-de-la-educacion-avances/51040022>) o la Universidad de Granada (<https://empleo.ugr.es/practicas/practicas-extracurriculares-de-estudiantes/plan-formacion-interna/>). Si bien en todos estos casos, la naturaleza de las prácticas está clara en todo momento.

la obtención de titulaciones oficiales o titulaciones propias de la universidad. Entender la naturaleza de esta enumeración como un *numerus clausus* o *apertus* puede suponer expulsar o no a las prácticas extracurriculares de la inclusión en el sistema de la Seguridad Social. En este caso, si atendemos a la interpretación que del listado realiza la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social en su Criterio 11/2023<sup>2</sup>, el cual ha sido ampliado hasta el momento en cuatro ocasiones, se entiende que el organismo realiza una interpretación cerrada. De hecho, en su ampliación tercera parece excluir las prácticas extracurriculares de la aplicación de la D<sup>o</sup>Ad 52<sup>a</sup> por este motivo. Sin embargo, en su cuarta ampliación del Criterio 11/2023, la DGOSS concreta su postura y deja claro que caen dentro de la aplicación de la D<sup>o</sup>Ad 52<sup>a</sup> aquellas «prácticas extracurriculares universitarias susceptibles de incorporarse al Suplemento Europeo al Título y autorizadas previamente por el centro de formación», ya que entiende que tales prácticas, al quedar incorporadas al suplemento europeo, pueden considerarse dentro de las comprendidas en el apartado 1 de la D<sup>o</sup>Ad 52<sup>a</sup>. Cabe también entender correctamente el valor que tienen estos criterios y es de esperar que esta situación experimente cambios en un futuro, ya sea de la mano de futuras actuaciones normativas como el, supuestamente inminente, “Estatuto del Becario” o vía criterio jurisprudencial.

Quedan fuera de esta nueva regulación las prácticas no laborales en empresas gestionadas por el SEPE, que se producen una vez obtenida la titulación y donde el acompañamiento formativo es menos significativo<sup>4</sup>, y aquellas situaciones donde el peso del factor laboral es determinante para establecer una auténtica relación laboral, que se reconducen a los contratos formativos del art. 11 del Estatuto de los Trabajadores. Así, queda fuera también la Formación Profesional Intensiva que requiere de la existencia de un contrato de formación entre el alumno y la empresa<sup>5</sup>.

Así mismo es importante señalar como, tras la aprobación del Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre, se añadió un apartado 11 a la D<sup>o</sup>Ad 52<sup>a</sup> que dejaba fuera de su aplicación al alumnado que ya se encuentre dado de alta en cualquier régimen de la Seguridad Social realizando actividad productiva o asimilado con obligación de cotizar o sea pensionista de jubilación o de incapacidad. Si bien esta exclusión no supone desprotección en algunos supuestos, pues se trata de personas ya protegidas por su situación de cotizantes o pensionistas, plantea muchas dudas respecto a como proceder ante, por ejemplo, un accidente que pudiese ser clasificado como laboral ocurrido durante sus prácticas formativas al alumno que, estando ya de Alta por una actividad productiva diferente no se encuentra cotizando por dichas prácticas.

---

<sup>4</sup> En este sentido, el propio RD 1543/2011, de 31 de octubre, por el que se regulan las prácticas no laborales en empresas no esconde su principal preocupación por reducir el desempleo juvenil (aunque sea, en mi opinión, a costa de establecer un “empleo” precarizado) y no tanto por mejorar su formación, de hecho, la propia redacción que de la definición de esta herramienta que recoge el artículo 2<sup>o</sup> deja claro que su finalidad principal es «contribuir a mejorar su empleabilidad (de los jóvenes) y ofrecerles un primer contacto con la realidad laboral a través del acercamiento a la misma» sólo para añadir a continuación «al tiempo que contribuye a completar la formación alcanzada por la persona joven» como si la formación ocurriese casi de forma accidental. En este caso, la cotización no experimenta cambios y se reconduce al sistema establecido para los contratos formativos.

<sup>5</sup> Art. 67 de la Ley Orgánica de Formación Profesional.

### 3. La persona obligada a cotizar

La relación jurídica a nivel contributivo con la Seguridad Social tiene un carácter comúnmente tripartito entre el sujeto beneficiario de la protección, por norma general el trabajador, el obligado con la Seguridad Social, normalmente el empleador al que la propia LGSS designa como “empresario”, y la administración. Tal relación jurídica se constituye en el mismo momento en que se realiza una actividad productiva, siempre que tal actividad quede incluida dentro del campo de aplicación de la Seguridad Social, y a partir de ese momento nacen los derechos y obligaciones de los distintos sujetos independientemente de la voluntad de estos (Núñez González, 2023, p. 159). En ocasiones por razones de interés social se crea la ficción de que existe esta relación productiva para incluir dentro del Régimen General de la Seguridad Social situaciones que de otro modo quedarían fuera del mismo al no constituir verdaderas relaciones laborales de acuerdo al art. 1.1 del E.T. (Fernández Domínguez y Rodríguez Escanciano, 2017, p. 294). Este es el caso de las prácticas académicas, tanto universitarias como de formación profesional, cuya finalidad en ningún momento puede ser la de sustituir una prestación laboral pues su objeto «no es otro que el de alcanzar un equilibrio entre la formación teórica y práctica del estudiante, la adquisición de metodologías para el desarrollo profesional y facilitar su (del estudiante) empleabilidad futura» (Guindo Morales y Ortega Lozano, 2019), es decir, son actividades formativas, no productivas<sup>6</sup>. Así, en esta relación el alumno en prácticas es el beneficiario de la protección social, quedando asimilado a un trabajador por cuenta ajena.

De la misma forma debe existir también un obligado con la Seguridad Social que haga las veces de “empresario”. Dado que no existe relación laboral sino una relación formativa, es necesario determinar qué sujeto o sujetos han de adquirir esta condición. Podría haber sido la propia persona beneficiaria, como ocurre con los convenios especiales, y de hecho así ocurrirá con quienes cursaron este tipo de prácticas con anterioridad a 2024 y quieran que les sean reconocidas las mismas como periodos cotizados<sup>7</sup>. También podría haber sido el propio Estado, pues se trata de aplicar una cobertura por razones justificadas socialmente sobre actividades que, en principio, no aportan beneficio económico a las partes<sup>8</sup>. Sin embargo, ninguna de estas soluciones ha sido adoptada por el ejecutivo, y ratificada por el legislativo. Así, actualmente se determina que la persona obligada con la Seguridad Social en condición de empresario para el caso que nos ocupa dependerá de si las prácticas se encuentran remuneradas o no, siendo el ente financiador, el lugar de realización de las prácticas o el centro formativo de origen quienes asumirán tales obligaciones.

---

<sup>6</sup> Si bien la diferencia entre productivo y formativo no puede establecerse taxativamente, pues toda actividad productiva conlleva por sí misma un aprendizaje, piénsese también en el llamado *know how* empresarial, hay que entender en este supuesto la dicotomía entre productivo y formativo atiende a la finalidad misma de la actividad.

<sup>7</sup> DºAd. 52ª, apartado 8, LGSS.

<sup>8</sup> Esto no es del todo desconocido si tenemos en cuenta que, en el caso de el Régimen Especial de Estudiantes de la Seguridad Social, el llamado Seguro Obligatorio Escolar, es el Ministerio de Educación y Ciencia (o la administración autonómica competente) quien soporta junto al estudiante la obligación de cotizar (art. 60 RD 2064/1995, de 22 de diciembre).

Cuando las prácticas son remuneradas, queda sujeto a obligación la entidad u organismo que financie el programa de formación, en caso de que se trate de varias entidades, la que haga efectiva la contraprestación económica. Es decir, se mantiene como hasta el momento. Sin duda, haber arrojado algo más de claridad sobre en qué consiste exactamente “financiar el programa de formación” hubiera sido de agradecer. Sin embargo, cabe deducir que tal expresión hace referencia a la entidad que aporta la remuneración al becario, es decir, la bolsa económica o beca que hace las veces de contraprestación<sup>9</sup>.

La novedad, que no lo era tanto pues ya venía anunciada en el RD-ley 28/2018, es la determinación de qué sujeto vendrá obligado en el caso en que no haya remuneración alguna. En estos casos puede ocurrir que sea obligado como “empresario” a efectos de las obligaciones con la Seguridad Social el centro educativo o lo sea el lugar de realización de las prácticas. Así, si nada se pacta ni se dice al respecto, el obligado en condición de empresario será la empresa, ente u organización en la cual el alumno lleve a cabo sus prácticas, pero cabe la posibilidad de explicitar en el convenio de prácticas firmado entre el centro formativo y el lugar de realización de las prácticas que será el propio centro formativo el que asumirá las obligaciones ante la Seguridad Social en condición de empresario.

Sin embargo, esta negociación que parece partir en beneficio de los centros formativos al resultar la empresa obligada por defecto, puede convertirse realmente en una suerte de coerción hacia los primeros. Al fin y al cabo, aceptar alumnado en prácticas es voluntario para las empresas y sin embargo resulta obligatorio para los alumnos cursar tales prácticas si quieren obtener su titulación según los actuales planes de estudio. En esta situación los centros formativos pueden verse en la tesitura de tener que aceptar hacerse cargo de las obligaciones ante la Seguridad Social si quieren disponer de suficiente oferta de prácticas para que sus alumnos puedan finalizar sus estudios. Por tanto, en la práctica los centros formativos quedan obligados a asumir las obligaciones con la Seguridad Social si así lo desea la contraparte, pues en realidad no disponen de una verdadera capacidad de negociación.

## 4. Obligaciones ante la Seguridad Social

### 4.1 Actos de encuadramiento

Una de las primeras consecuencias que supone la entrada en vigor de la disposición quincuagésima segunda de la LGSS, es que quienes deseen recibir alumnado de prácticas y no hayan pactado que sea el centro formativo quien se haga cargo de las obligaciones con la Seguridad Social, deberán solicitar su inscripción como empresa en el Régimen General de la Seguridad Social, si bien es de esperar que la inmensa mayoría ya se encuentren previamente inscritas. Por su parte, el alumno tendrá que contar con un Número de la Se-

---

<sup>9</sup> Así puede deducirse del hecho de que, existiendo varios sujetos que financien las prácticas, vendrá obligado aquel que haga efectiva la contraprestación al alumno.

guridad Social, que debe comunicar al obligado como “empresario”, aunque éste podrá consultarlo directamente a través del Sistema RED (o la Plataforma de Intermediación para las empresas del sector público). También es de esperar que la inmensa mayoría de los alumnos cuenten ya con su NSS debido a su inclusión en el Seguro Escolar Obligatorio (D<sup>o</sup>Ad. 3<sup>o</sup>, RD 84/1996, de 26 de enero).

Aparte de la inscripción, que implicará la asignación de un Código de Cuenta de Cotización principal, la empresa debe solicitar la asignación de un Código de Cuenta de Cotización específico para el colectivo de alumnos en prácticas, que será diferente dependiendo de si las prácticas son remuneradas o no. Actualmente, en el caso de las no remuneradas, si lo solicita el centro de realización de las prácticas, deberá hacerlo a través de la aplicación CASIA aportando el convenio de prácticas a la solicitud, si por el contrario lo solicita el centro formativo, deberá hacerlo a través del Sistema RED, y sólo si este falla a través de la aplicación CASIA. En ambos casos el CCC figurará con el valor 993 del campo Tipo de Relación Laboral. Cuando las prácticas sean remuneradas, será siempre obligación de la empresa, que deberá solicitar también un CCC específico, si bien se identificará con el campo TRL 986<sup>10</sup>.

Tras esto deberá realizarse el Alta, la comunicación de los días de prácticas, la liquidación de cuotas, así como la Baja una vez finalizado el periodo de prácticas.

El obligado con la Seguridad Social deberá dar de alta al estudiante desde el inicio de las prácticas y cursar su baja al finalizar estas, aunque puedan existir periodos de inactividad intermedios. Si bien el estudiante estará dado de alta durante todo el periodo, a efectos de la acción protectora se tendrán en cuenta tan sólo los días efectivos de prácticas. Para comunicar las altas y las bajas, el obligado con la Seguridad Social dispondrá por lo general de un plazo de diez días naturales desde el inicio del periodo de prácticas para el alta y de diez días naturales desde su finalización para la baja. De forma excepcional, y ante la problemática que ha suscitado la implantación de toda esta medida, el RD-ley 8/2023 en su disposición transitoria décima, ampliaba el plazo para comunicar las altas hasta el 31 de marzo de 2024 respecto de las prácticas no remuneradas comenzadas entre el 1 de enero y el 20 de marzo. La misma disposición aclara que en aquellas situaciones en que las prácticas comenzasen con anterioridad a 2024 y continúen en 2024, les será de aplicación la D<sup>o</sup>Ad. 52 sólo a partir del 1 de enero de 2024, por lo que se procederá al efecto como si las prácticas comenzasen en tal fecha, es decir, el alta se realizará a 1 de enero de 2024<sup>11</sup>.

#### *4.2 Comunicación y liquidación en las prácticas no remuneradas*

También será necesario en el caso de las prácticas no remuneradas que la empresa comunique los días efectivos de prácticas a efectos de calcular las cotizaciones y determinar

<sup>10</sup> Boletín de Noticias RED 09/2023, de 6 de julio.

<sup>11</sup> Boletín de Noticias RED 16/2023, de 29 de diciembre.

el alcance de la acción protectora. Estas comunicaciones se realizarán por meses, y se podrán realizar hasta el penúltimo día natural del correspondiente plazo reglamentario del ingreso de las cuotas a la Seguridad Social, y siempre con anterioridad a la solicitud del cálculo de la liquidación. Es decir, antes de solicitar la liquidación y desde el primer día del mes siguiente hasta el 29 de abril, el 30 de julio, el 30 de octubre y el 30 de enero del año siguiente dependiendo del trimestre. En la comunicación deberán indicarse por separado el número de días efectivos de prácticas realizados, los días previstos pero no realizados por incapacidad temporal por contingencias profesionales, los días previstos pero no realizados por nacimiento o cuidado del menor, riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural, y los meses en que no se compute día alguno de prácticas.

La presentación de esta comunicación con anterioridad a la solicitud de la liquidación de las cuotas a ingresar es necesaria porque será esta la que determine la obligación material de cotizar, ya que la cotización para las prácticas no remuneradas consistirá en una cuota fija por día de prácticas. Sin embargo, aunque la TGSS ya ha especificado que se considerará impracticada en plazo la comunicación si esta se realiza con posterioridad a la solicitud de liquidación, aun cuando no haya trascurrido el plazo para las comunicaciones estipulado en el segundo párrafo del apartado 7c) de la D<sup>o</sup>Ad. 52<sup>a</sup> de la LGSS, dadas las importantes consecuencias que esto puede tener, creo que tal consideración debe ser tomada siempre que no sea posible solicitar una nueva liquidación a tiempo. Ya que la no comunicación de los días de prácticas comportará, primero, la cotización por todos los días de alta dentro del periodo no comunicado hasta el límite mensual, y segundo, la pérdida del derecho a reducción del 95% en tales cuotas establecido en el apartado 5b) de la D<sup>o</sup>Ad. 52<sup>a</sup> de la LGSS<sup>12</sup>.

Presentada la comunicación procede la solicitud del borrador para la liquidación a través del Sistema RED, y el ingreso de las cuotas trimestralmente durante el mes de abril para el primer trimestre, julio para el segundo, octubre para el tercero y enero del año siguiente para el último. En caso de no llegar a solicitar la liquidación o no proceder a su ingreso, si se han comunicado los días de prácticas se generará la liquidación deudora automáticamente pero no se tendrá derecho a la reducción del 95%.

## 5. Cuotas y reducción aplicable

En el caso de las prácticas remuneradas, la determinación de la cuota sigue ligada a los sistemas aplicados a los contratos formativos, siendo el cambio de la bonificación el más relevante con respecto a la situación anterior, ya que desde el 1 de agosto de 2014 mediante el RD-ley 8/2014, de 4 julio, las prácticas curriculares externas, tanto universitarias como de formación profesional de carácter remunerado, disfrutaban de una bonificación del 100% (D<sup>o</sup>Ad. 25<sup>a</sup>). La cuota de cotización de las prácticas remuneradas se determinará de acuerdo con el sistema utilizado para la cotización de los contratos de

<sup>12</sup> BNR 09/2023, de 6 de julio.

formación en alternancia. Sólo se cotizará por contingencias comunes y por contingencias profesionales, no se cotiza por desempleo, formación profesional o aportación al Fondo de Garantía Salarial, ni tampoco por el Mecanismo de Equidad Intergeneracional.

En el caso de las prácticas no remuneradas, la cuota consistirá en una cuota fija empresarial sin que el alumno deba realizar aportación alguna, dividida en contingencias comunes y contingencias profesionales. Esta cuota será determinada anualmente mediante la Ley de Presupuestos Generales de cada año. Se trata de una cuota por día de prácticas, con un límite mensual máximo de cada concepto por el que se cotiza, también determinado por la LPGE. Se cotiza por contingencias profesionales y por contingencias comunes (donde no entra la incapacidad temporal derivado de contingencia común, que no está cubierta). Tampoco se cotiza por desempleo, formación profesional, FOGASA o MEI. A modo de ejemplo, antes de que se postergara la entrada en vigor de estas medidas al 1 de enero de 2024 por el RD-ley 5/2023, la Disposición Transitoria segunda del RD-ley 2/2023 estableció que para el periodo entre el 1 de octubre y el 31 de diciembre de 2023 la cuota de cotización diaria ascendería a 2,36€ por contingencias comunes con un máximo de 53,59€ mensuales y 0,29€ por contingencias profesionales con un máximo de 6,51€ mensuales.

Tanto en las prácticas remuneradas como en las no remuneradas, a la parte de contingencias comunes de la cotización le es de aplicación una reducción del 95% de acuerdo con el apartado 5b) de la D<sup>o</sup>Ad. 52<sup>a</sup> de la LGSS. Esta reducción se aplica incluso aunque la empresa no se hallase al corriente de sus obligaciones con la Seguridad Social, y es excluyente respecto de cualquier otro beneficio. Por tanto, cabe entender que la anterior bonificación del 100% en las prácticas curriculares remuneradas deja de aplicarse, y tampoco podría aplicarse cualquier otra bonificación o reducción asociada al sistema de cotización de los contratos formativos ni de cualquier otro tipo (Moreno Gené, 2023, p. 85).

## 6. Acción protectora

Con esta cotización, el alumno de prácticas se encuentra inmerso en la acción protectora correspondiente al Régimen General de la Seguridad Social (salvo si realiza prácticas en buques, que se hallará bajo el RE de Trabajadores del Mar), pero quedan excluido de la prestación por desempleo, la cobertura del Fondo de Garantía Salarial y la formación profesional. En el caso de los alumnos de prácticas no remuneradas, la cobertura por incapacidad temporal debida a contingencias comunes tampoco está incluida.

La D<sup>o</sup>Ad. 52<sup>a</sup> especifica qué coberturas quedan excluidas, por lo que para las coberturas incluidas estaremos a lo que determine el Régimen General de la Seguridad Social y en el caso de los alumnos que realicen prácticas en buques, al Régimen Especial de Trabajadores del Mar, sin que exista mayor limitación a priori. Así, el alumno se encuentra cotizando a efectos de jubilación, asistencia sanitaria, incapacidad temporal (solo por contingencias profesionales en el caso de prácticas no remuneradas), riesgo durante la lactancia, riesgo durante el embarazo, nacimiento y cuidado del menor, cuidado de

menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, corresponsabilidad en el cuidado del lactante, incapacidad permanente, lesiones permanentes no invalidantes, muerte y supervivencia y aquellas otras prestaciones sociales de carácter contributivo como las prestaciones familiares en modalidad contributiva.

El abono de las prestaciones será de forma directa por la entidad gestora o la mutua colaboradora en los casos de nacimiento y cuidado de menor, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia. Por su parte las prestaciones derivadas de contingencias profesionales y en su caso de contingencias comunes se realizarán mediante pago delegado. Sobre el resto de prestaciones se estará a lo que determine su propia normativa.

Para el cálculo de las prestaciones habrá que tener en cuenta lo siguiente:

- En el caso de las prácticas remuneradas, la base de cotización aplicable será la base mínima de cotización vigente para el grupo de cotización 7 (para 2023, 1.260€) por mes completo de alta, o en proporción para los meses incompletos.
- En el caso de las prácticas no remuneradas, a efectos de las prestaciones cada día de prácticas contará como 1,61 días cotizados, con el máximo de días del mes en curso, y la base de cotización aplicable será el resultado de multiplicar la base mínima del grupo 8 (42€ en 2023) por el número de días de prácticas, con el límite de la base de cotización mínima del grupo 7.
- En el caso de la prestación por incapacidad temporal derivada por contingencias profesionales en las prácticas no remuneradas, el importe de la base reguladora se obtendrá dividiendo el importe de la base de cotización del alumno en el mes anterior al de inicio de la de incapacidad temporal, calculado de acuerdo con los días de prácticas (1,61 por día, considerando la fracción como día entero), entre el número de días de dicho mes.

Por ejemplo, imaginemos un alumno que causa baja médica por accidente de trabajo durante sus prácticas en abril. Durante el mes anterior, marzo, supongamos que había realizado un total de 15 días de prácticas, lo que determina ( $15 \times 1,61 = 24,15$ ) 25 días a efecto de cotización, y de acuerdo con la base mínima del grupo 8 (42€/día), un total de 1.050€, que habrá que dividir por los días de alta en marzo. Si comenzó las prácticas el día 8 de marzo, es un total de 24 días de alta durante este mes, con lo que la base reguladora será de 43,75€. Dado que en nuestro caso se trata de una contingencia profesional, la prestación corresponderá al 75% de la base, con lo que estamos hablando de unos 32,81€ por cada día de IT por AT, cantidad que deberá adelantar el receptor del alumno de prácticas o el centro formativo si así se ha pactado en el convenio de prácticas (DºAd. 52ª. 4.b).

## 7. Implantación de la medida

Tras la publicación del RD 2/2023, de 16 de marzo, las reacciones negativas no tardaron en alzarse tanto desde el sector productivo<sup>13</sup>, como desde el sector educativo<sup>14</sup> e incluso desde la propia administración<sup>15</sup>. La nueva cotización suponía un varapalo, ya no tanto económicamente, sino sobre todo de carácter organizativo de cara a poder hacer frente a todas las gestiones que a partir de ese momento debían introducirse para el curso 2023-2024.

Como he apuntado líneas atrás, la supuesta negociación en torno a quien sería el obligado ante la Seguridad Social en relación con el alumnado de prácticas no remuneradas ha conducido a que las universidades deban hacerse cargo de la cotización de sus alumnos, con los recursos que tengan disponibles, si no quieren enfrentarse al hecho de no poder ofrecer suficientes prácticas para su alumnado, que vería inevitablemente postergada la finalización de sus estudios<sup>16</sup>. Es paradigmático en este sentido el Comunicado que los rectores y las rectoras de las universidades públicas andaluzas realizaban el pasado mes de mayo<sup>17</sup>.

Ante esta situación se realizó un llamamiento al gobierno a retrasar la entrada en vigor de la D<sup>o</sup>Ad. 52<sup>a</sup> LGSS hasta el 1 de enero de 2024<sup>18</sup>. Planteamiento que fue aceptado y se materializó en el artículo 212 del RD-ley 5/2023 de 28 de junio, con la

---

<sup>13</sup> ALONSO, I. (25 de junio de 2023). Fernando Tapia: “Muchas empresas nos han dicho que si deben cotizar por los estudiantes no ofertarán prácticas”. *Deia*. <https://www.deia.eus/actualidad/sociedad/2023/06/25/fernando-tapia-empresas-han-dicho-6969953.html>

<sup>14</sup> HA NOTICIA. (10 de junio de 2023). Las fundaciones Universidad-Empresa denuncian que más de un millón de estudiantes podrían quedarse sin prácticas. *Heraldo de Aragón*. <https://www.heraldo.es/noticias/aragon/2023/06/10/red-fundaciones-universidad-empresa-denuncian-un-millon-estudiantes-sin-practicas-estatuto-becario-1657850.html>; Del Rosario, L. (15 de mayo de 2023). Las universidades canarias piden que no entre en vigor la cotización por las prácticas. *Canarias7*. <https://www.canarias7.es/sociedad/educacion/universidades-canarias-piden-vigor-cotizacion-practicas-20230515130723-nt.html>; EUROPA PRESS. (15 de junio de 2023). La Junta critica la cotización de las prácticas de FP impuesta por el Gobierno y advierte que “obstaculiza” la gestión. *Esandalucía*. <https://www.europapress.es/esandalucia/sevilla/noticia-junta-critica-cotizacion-practicas-fp-impuesta-gobierno-advierte-obstaculiza-gestion-20230615144735.html>

<sup>15</sup> ASENSIO DOMINGUEZ, A. (22 de junio de 2023). Al menos cuatro ministerios rechazan cotizar por sus becarios como ha aprobado el Gobierno. *El independiente*. <https://www.elindependiente.com/economia/2023/06/23/al-menos-cuatro-ministerios-rechazan-cotizar-por-sus-becarios-como-ha-aprobado-el-gobierno/>; SÁNCHEZ, A. (24 de junio de 2023). Ministerios, consejerías y poder judicial reclaman a la UMU que pague las cuotas de las prácticas. *La Opinión de Murcia*. <https://www.laopiniondemurcia.es/comunidad/2023/06/24/ministerios-consejerias-judicial-reclaman-umu-89070970.html>

<sup>16</sup> NOVA CIENCIA. (18 de julio de 2023). Las universidades advierten de que les tocará pagar las cotizaciones de las prácticas de sus estudiantes. *Nova Ciencia, Universidad y Ciencia para España e Hispanoamérica*. <https://novaciencia.es/las-advierten-de-que-les-tocara-pagar-las-cotizaciones-de-las-practicas-de-sus-estudiantes/>

<sup>17</sup> AUPA. (17 de mayo de 2023). Comunicado de rectores y rectoras de las Universidades Públicas de Andalucía con respecto a las prácticas del estudiantado y su cotización en la Seguridad Social. *Diario Digital Universidad de Jaén*. <https://diariodigital.ujaen.es/institucional/comunicado-de-rectores-y-rectoras-de-las-universidades-publicas-de-andalucia-con>

<sup>18</sup> UPO. (23 de junio de 2023). La UPO secunda el llamamiento de CRUE para que se demore la entrada en vigor de la cotización de estudiantes en prácticas. *Diario de la Universidad Pablo de Olavide*. <https://www.upo.es/diario/institucional/2023/06/crue-demanda-demora-cotizacion-estudiantes-practicas/>

justificación de dar el suficiente tiempo a los distintos sujetos implicados para adaptarse a la nueva situación. Por su parte esta medida no fue bien acogida por los representantes del alumnado<sup>19</sup>.

Este retraso por sí solo no solucionaba la problemática a la que se encontraban abocadas las universidades, las cuales a partir de 2024 veían como muy probablemente quedarían obligadas a cotizar por un buen número de alumnos, comprometiendo unos recursos materiales y humanos de los que no siempre disponen<sup>20</sup>.

Además del malestar producido entre los centros educativos por las nuevas obligaciones, toda la implementación del nuevo escenario resultaba plagada de incertidumbres. Para atajar algunas de ellas se introducía una nueva modificación de la D<sup>o</sup>Ad 52<sup>a</sup> de la LGSS, una vez más a través de otro RD-ley 8/2023 de medidas urgentes y extraordinarias, esta vez debidas a los conflictos en Ucrania y Próximo Oriente y a la sequía, de 27 de diciembre. Este nuevo RD-Ley, que fue publicado apenas cuatro días antes de la entrada en vigor de la DA<sup>a</sup> 52 LGSS, ha introducido toda una serie de importantes matizaciones y cambios:

- El alumnado de Enseñanzas Artísticas Superiores, el de enseñanzas artísticas profesionales y el de enseñanzas deportivas del sistema educativo también quedaba dentro de la aplicación de la nueva cotización de prácticas.
- Los alumnos que ya se encuentren durante el periodo de prácticas académicas de alta en la Seguridad Social debido a otra actividad en situación obligada de cotizar, o cuando el periodo tenga la consideración de cotizado a efectos de prestaciones, o se trate de pensionistas de jubilación o incapacidad permanente, no les será de aplicación el régimen de cotización de prácticas académicas.
- La situación asimilada del estudiante en prácticas no afecta a la percepción de prestaciones ni a la modificación del título por el que tuviesen derecho a prestación sanitaria (beneficiarios de padres asegurados, por ejemplo) salvo de la asistencia derivada de contingencias profesionales.
- Ante la realidad de no disponer a tiempo de una LPGE para 2024 que determinase la cuota empresarial a cotizar en el caso de las prácticas no remuneradas, se determina que, hasta la aprobación de dicha ley, la cuota queda establecida en 2,85€/día, correspondiendo 2,54€ a contingencias comunes y 0,31€ a contingencias profesionales, con un máximo mensual de 57,87€ por contingencias comunes y 7,03€ por contingencias profesionales. Siendo de aplicación la reducción del 95% a la parte de contingencias comunes de la cuota.

---

<sup>19</sup> AGENCIAS. (27 de junio de 2023). Universitarios se oponen a la prórroga hasta el 2024 en la cotización de las prácticas. *La Vanguardia*. <https://www.lavanguardia.com/vida/20230627/9072001/universitarios-oponen-prorroga-2024-cotizacion-practicas.html>

<sup>20</sup> B.G.R. (19 de junio de 2023). La UBU ve imposible asumir los 300.000 euros de cotización anual de los becarios. *Diario de Burgos*. <https://www.diariodeburgos.es/noticia/zebd230b0-c617-156f-cac53a759b-94c3e7/202306/la-ubu-ve-imposible-asumir-la-cotizacion-anual-de-los-becarios>

- Las prácticas que se inician antes de 2024 pero que continúan en 2024, serán dadas de alta y será de aplicación el régimen de cotización sólo desde el 1 de enero de 2024.
- Se establece un plazo excepcional de comunicación de altas y bajas hasta el 31 de marzo de 2024 para los inicios y finalizaciones que se produzcan entre el 1 de enero y el 20 de marzo de 2024.

Es de esperar que en los próximos meses se produzcan aclaraciones y cambios para responder a la difícil toma de contacto con la realidad que ha de suponer esta medida. También está pendiente de publicación y aprobación el nuevo Estatuto del Becario, por lo que deberemos esperar para saber realmente en qué medida puede afectar el texto aprobado a esta cuestión.

## 8. Conclusiones

La distinción entre las prácticas externas y la actividad laboral se basa principalmente en las distintas finalidades que persiguen ambas figuras. Así, mientras que la relación laboral existe para obtener un valor productivo cuyo destinatario es el empleador, en las prácticas lo que se busca es el aumento del «bagaje cultural, intelectual o técnico, es decir, la formación» (Moreno i Gené, 2020, p. 125) del alumno. Por tanto, lo que hace que una práctica transmute su finalidad y se convierta en un trabajo, es el hecho de realizar una actividad personal con valor productivo y de la que resulte beneficiado un tercero (González Ortega, 1999, p. 124).

Si las prácticas no benefician ni a la empresa, entidad u organismo en que se llevan a cabo, ni al centro formativo de origen del alumno (porque de existir tal beneficio ya no serían prácticas), no deja de resultar un tanto sorprendente que estos sujetos que no reciben beneficio de las prácticas acaben siendo finalmente obligados con la Seguridad Social, material y formalmente, como si fuesen empleadores del alumno y no formadores.

La razón de por qué estos sujetos y no otros son los que quedan obligados en condición de empresarios no queda explicitada en la ley. Se trata de dos sujetos muy concretos a los que se les impone una serie de importantes obligaciones, económicas y formales, las cuales posiblemente sean incluso más gravosas, y no estaría de más intentar entender por qué son estos y no otros los designados por imperativo legal para cumplir tal función. Sobre todo, la inclusión de la posibilidad de que sea el centro formativo de origen el obligado ante la Seguridad Social, ya que este no es susceptible de poder obtener ningún beneficio productivo de la realización de las prácticas, ni aun de forma tangencial.

En el caso de los lugares de realización de prácticas, que llamaremos de forma genérica “empresas” aunque su naturaleza pueda ser muy dispar, las prácticas no pueden conllevar el beneficio propio de una actividad productiva. Sin embargo, este extremo debe matizarse. La propia realización y resultado de las tareas cualificadas que ha de desarrollar el alumno durante sus prácticas conllevará, indefectiblemente, un valor

productivo, ya que la capacidad de realizar dichas tareas y de crear dicho valor es fundamental para cumplir con el objetivo formativo y de adquisición de experiencia, en otras palabras, si lo que realiza el alumno en sus prácticas carece de valor, entonces las prácticas han visto frustrado su propósito formativo. Por tanto, desarrollar la actividad formativa práctica generará un valor que por realizarse en el contexto de la “empresa” será recogido por esta misma, pero, aun existiendo este valor no se trataría de una relación laboral si el beneficio principal es el formativo y tal valor aportado por el alumno no es equivalente a la prestación de un trabajador (Moreno i Gené, 2012, p. 18). Que este beneficio, aun no siendo comparable a una prestación, potencialmente exista, junto con el hecho de que el alumno se encuentre “inserto” en la organización productiva del lugar dónde se llevan a cabo las prácticas, sería lo que justificaría considerar el lugar de desarrollo de las prácticas como posible obligado a efectos de la Seguridad Social respecto de la cotización del alumno. Sin embargo, si el beneficio obtenido no es comparable a una prestación laboral, pues en ese caso estaríamos en una situación de laboralidad, ¿puede justificar por sí solo la imposición de obligaciones formales y materiales ante la Seguridad Social? más aún, ¿hasta qué punto pueden considerarse inaceptables estas imposiciones si conferimos naturaleza tributaria a las cotizaciones (Bertrán Girón, 2017)? Desde luego que puede alegarse que el deber de cumplir con las obligaciones hacia la Seguridad Social lo es porque viene así impuesto legalmente, *ex lege*, y no necesita más razones para justificar su imposición que la mera voluntad del legislador, pero esto último casa mal con el espíritu de los principios del constitucionalismo democrático, y con la idea de aportación a los gastos públicos de acuerdo con la capacidad económica.

Por otro lado, quienes realmente han resultado obligados a asumir deberes materiales y formales han sido los centros educativos. Que la universidad o el centro de formación profesional resulten obligados aún presenta mayor problemática, pues en este caso ni siquiera puede justificarse tal imposición en la existencia de un potencial “uso” del alumno como mano de obra.

Así pues, si intentamos comprender por qué el ejecutivo ha decidido, y el legislativo ratificado, que sean estos sujetos y no otros los posibles obligados sin caer en la simple imposición legal, no parece que haya un fundamento material. En el caso del centro educativo, porque no existe ni siquiera la posibilidad de que se produzca un beneficio; en el caso del receptor del alumno de prácticas, porque aun existiendo esta posibilidad, de resultar en grado suficiente que justifique la imposición de estas obligaciones seguramente nos encontraríamos ante una relación de laboralidad.

Si no ha sido el potencial beneficio lo que ha determinado que estos y no otros sean los obligados, tal vez la razón sea una suerte de planteamiento o analogía *sui generis* según la cual los co-formadores (empresa y universidad) del alumno de prácticas se transforman, a efectos de la Seguridad Social, en empleadores del alumno por su posición relativa a este, como si asimilar el alumno a trabajador por cuenta ajena comportara *mutatis mutandi* asimilar la contraparte formativa a empresario empleador.

Dos alternativas, entre otras, sobre cómo desarrollar el sistema podrían haberse planteado, con una mayor solidez en el porqué de quién asume las obligaciones.

La primera habría sido considerar las prácticas directamente como una relación laboral plena (Todolí Signes, 2015a), una relación laboral formativa que podría haberse insertado dentro de las modalidades existentes de contratos formativos del artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores, en concreto los contratos de alternancia, o bien haberse creado una modalidad de contrato específica para este supuesto. En todo caso las prácticas externas se asemejarían a lo que actualmente ocurre con la formación profesional intensiva. Dotar de una auténtica naturaleza laboral a las prácticas, por un lado, nos asegura que el alumnado no sólo se encuentra protegido a efectos de Seguridad Social, sino también bajo la protección del derecho del trabajo, a la vez que se eliminan las sospechas del uso fraudulento de esta figura para ocultar auténticas prestaciones de trabajo por cuenta ajena (Val Tena, 2015, p. 102; ), situación que no sólo se ha dado en el sector privado con relativa frecuencia sino también en el sector público (Vela Díaz, 2023, p 69). Por otro lado, el estudiante queda verdaderamente inmerso en el proceso productivo como un “trabajador más”, en una situación formativa que le permite adquirir la experiencia y las competencias objetivo de la formación mientras realiza un auténtico trabajo productivo, sin tener que preocuparse de que este llegue a suponer o no una prestación laboral. Esto a su vez redundaría en una mejor posibilidad de inserción laboral, pues el empresario puede comprobar las verdaderas capacidades del estudiante de cara a su contratación definitiva, ya que el alumno-candidato ha estado ejerciendo de forma plena como trabajador (Todolí Signes, 2015a). En este caso, el obligado con la Seguridad Social sería claramente el empresario contratante. Dadas las implicaciones que supone la configuración de una auténtica relación laboral, es fácil entrever los recelos con los que las empresas acatarían esta vía.

La segunda, que no hubiese implicado *per se* el reconocimiento de una relación laboral, habría supuesto modernizar y transformar una realidad de protección social del alumnado que ya existe en nuestro ordenamiento. Me refiero al Régimen Especial de Estudiantes del art. 10.2 d) de la LGSS. Este régimen se creó hace más de medio siglo precisamente con la voluntad de dar cobertura social a los estudiantes a imagen de lo que ocurría en otros países europeos (Fernández de Velasco, 1952). Actualmente las prestaciones en él recogidas y sus limitaciones son susceptibles de una remodelación para adaptarlo a las necesidades y los tiempos actuales, si bien se han realizado diversas reformas que han ido actualizado cuestiones concretas y, sobre todo, añadiendo coberturas de carácter médico, no deja de tener un carácter muy secundario en el sistema de la Seguridad Social. La ampliación de las prestaciones a los alumnos en situación de prácticas podría haberse desarrollado a través de esta herramienta, siendo una oportunidad para dotarla de mejores y actuales contenidos. De hecho, con la situación actual, el alumnado de prácticas queda doblemente incluido en el sistema de la Seguridad Social en dos encuadramientos diferentes (Tatay Puchades, 2023, p. 775), y presumiblemente cotizando doblemente por algunas prestaciones, aunque tales prestaciones no serían doblemente abonadas llegado el caso (art. 9 de la Orden conjunta de 11 de agosto de 1953 de los Ministerios de Educación Nacional y Trabajo). En este caso en que la protección vendría de la mano de ampliar el Régimen Especial de Estudiantes los obligados con la Seguridad

Social hubiesen sido el Estado o las Comunidades Autónomas, e incluso los estudiantes. Sin embargo, la actualización de este régimen de cotización no ha sido considerado nunca una prioridad para los poderes públicos, un régimen que, más que integrarse en el mismo, ha “sobreviviendo” a la creación del actual sistema de Seguridad Social (Cabero Morán, 2023, p. 5). Así, su reforma supone una tarea mucho más ardua que la simple asimilación al Régimen General.

A la espera de cómo se desarrollarán los acontecimientos lo cierto es que los problemas distan de estar resueltos. María Antonia Peña, rectora de la Universidad de Huelva y presidenta de la Comisión de Asuntos Estudiantiles de CRUE, estimaba en noviembre de 2023 que las universidades acabarían gestionando unas 400.000 prácticas curriculares ante una negativa general de empresas e instituciones a asumir las cotizaciones y que lo verdaderamente preocupante no era el coste directo que esto supondría sino el previsible colapso que podía producirse en los servicios de gestión del sistema público universitario<sup>21</sup>. El 5 de enero de 2024, la CRUE publicaba un nuevo comunicado<sup>22</sup> reafirmando su malestar por la situación, constatando que respecto de las empresas «*más de un 98% han eludido el pago de las cotizaciones y un 100% su gestión administrativa*», situación que incluye al sector público cuya negativa a hacerse cargo de las obligaciones con la seguridad social resulta a ojos de la CRUE especialmente recriminable. También en este comunicado la CRUE defendía que se diferenciara y sean tratadas de forma distinta las prácticas curriculares y las extracurriculares, cuestión que ante las últimas interpretaciones de la DGOSS dista mucho en mi opinión de estar resuelta.

## Bibliografía

- ÁLVAREZ CORTÉS, J. C. La «re-inclusión» en la Seguridad Social de los estudiantes universitarios en prácticas. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 122, 2013, pp. 215-226.
- BERTRÁN GIRÓN, M. Las cotizaciones sociales y la imposición sobre la renta en el ordenamiento jurídico español. Un nuevo paradigma. *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, 417, 2017, pp. 75-98.
- CABERO MORÁN, E. La Seguridad Social del estudiantado universitario, setenta años de soledad (1953-2023). *Trabajo y Derecho*, 102, 2023.
- FERNÁNDEZ DE VELASCO, J. Los estudiantes universitarios en la Seguridad Social. *Revista de Educación*, I (1), 1952, pp. 38-41.

<sup>21</sup> AGENCIAS. (10 de noviembre de 2023). Universidad teme “colapso” ante negativa de empresas a cotizar por alumnado en prácticas. *La Vanguardia*. <https://www.lavanguardia.com/vida/20231110/9368439/universidad-teme-colapso-negativa-empresas-cotizar-alumnado-practicas-agenciasv20231110.html>

<sup>22</sup> CRUE. (5 de enero de 2024) Comunicado sobre la entrada en vigor de la cotización a la Seguridad Social de las prácticas curriculares. *Crue Universidades Españolas*. <https://www.crue.org/2024/01/cotizacion-practicas/>

- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J., y ROGRÍGUEZ ESCANCIANO, S. La incorporación al Régimen General como asimilado a trabajador por cuenta ajena. Especial referencia a los becarios. En VICENTE PALACIO, M. A. (cord.) *Estudios sobre seguridad social: Libro homenaje al profesor José Ignacio García Ninet*. Altelier, 2017, pp 289-327.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S. Las becas: ¿formación, inserción, prácticas profesionales, trabajo asalariado? En CRUZ VILLALÓN, J. (ed) *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras de derecho del trabajo: Estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos, 1999, pp. 123-135.
- GUINDO MORALES, S., & ORTEGA LOZANO, P. G. El régimen jurídico de seguridad social de las prácticas remuneradas y de las prácticas no remuneradas: La nueva obligación de cotizar en ambos regímenes como sujetos asimilados a trabajadores por cuenta ajena. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 52, 2019, pp. 358-393.
- MORENO I GENÉ, J. La nueva regulación de las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios: La potenciación de la finalidad formativa y de mejora de la empleabilidad. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 349, 2012, pp 5-62.
- MORENO I GENÉ, J. Prácticas no laborales de los estudiantes universitarios y titulados recientes versus relación laboral: La adecuada tutorización como factor clave. *Iuslabor*, 1, 2020, pp 111-140.
- MORENO I GENÉ, J. La extensión de la protección social a todos los alumnos en prácticas: un paso más en la dignificación de las prácticas laborales. *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, 35, 2023, pp 69-94.
- NÚÑEZ GONZÁLEZ, C. La relación jurídica con la Seguridad Social y los actos de encuadramiento. En ROQUETA BUJ, R. & GARCÍA ORTEGA, J. (dirs.) *Derecho de la Seguridad Social*, 12ª ed, Tirant lo Blanch, 2023 pp. 151-175.
- ROMERO MARTÍN, E. Los trabajos familiares, benévolos amistosos y de buena vecindad. *Noticias Jurídicas*. 24 de febrero de 2015, Disponible en: <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10282-los-trabajos-familiares-benevolos-amistosos-y-de-buena-vecindad/>
- TATAY PUCHADES, A. Régimen Especial de Estudiantes (Seguro Escolar Onligatorio). En ROQUETA BUJ, R. & GARCÍA ORTEGA, J. (dirs.) *Derecho de la Seguridad Social*, 12ª ed, Tirant lo Blanch, 2023 pp. 773-777.
- TODOLÍ SIGNES, A. La compleja e insatisfactoria regulación de las prácticas y las becas de trabajo. *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 6, 2015a, pp. 61-80.
- TODOLÍ SIGNES, A. La formación dual alemana y el contrato para la formación y el aprendizaje: ¿Diferente legislación o diferentes controles de calidad? *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 3(4), 2015b, pp. 224-267.
- VAL TENA, Á. L. Trabajo en prácticas y prácticas no laborales. *Documentación Laboral*, 104, 2015, pp. 73-102.

VELA DÍAZ, R. La inclusión del alumnado en prácticas en el sistema de Seguridad Social: ¿una aplicación definitiva de la cobertura de protección social a las prácticas no laborales? *Revista de Derecho y de la Seguridad Social, Laborum*, 36, 2023, pp. 61-80

DEBATE

# Digitalización, inteligencia artificial y proceso laboral

## Digitization, artificial intelligence and Labour Courts

Luis Enrique Nores Torres

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

ORCID ID: 0000-0001-6128-8552

doi: 10.20318/labos.2024.8404

*Resumen:* La utilización de las nuevas tecnologías en la actividad judicial constituye una vía para alcanzar un proceso más rápido, sin dilaciones indebidas, y con ello impulsar el derecho a la tutela judicial efectiva. El objeto de este trabajo se dirige a dar cuenta de la evolución normativa en la materia, deteniéndome de una manera particular en la incorporación de la inteligencia artificial en la actividad judicial. Igualmente, teniendo en cuenta la aprobación del RDL 6/2023, este trabajo persigue recoger cómo se ven afectadas estas cuestiones en el texto referido.

*Palabras clave:* Reforma procesal; digitalización de la justicia; inteligencia artificial.

*Abstract:* The use of new technologies into judicial activity is a way to achieve a faster procedure and, in this way, promote the right to a public hearing in reasonable time as a part of the right to an effective remedy before a tribunal. The purpose of this paper is to give notice of the regulatory evolution in that matter, in particular, the start-up of artificial intelligence in the Courts's activity. Also, taking into account the approval of some acts about digital efficiency and procedural efficiency, this paper aims to collect how these issues are affected in the referred texts.

*Keywords:* Procedural reform; justice digitization; artificial intelligence.

## 1. Introducción

### 1.1. Tutela judicial efectiva, proceso sin dilaciones indebidas y digitalización

1.– El paso del siglo XX al XXI vino acompañado de una pluralidad de modificaciones tecnológicas que han tenido una enorme repercusión en el modo de administrar justicia<sup>1</sup>. Ello explica que uno de los grandes debates abiertos en la actualidad sobre los modelos procesales gire alrededor de la modernización de la justicia y de los procedimientos ju-

---

<sup>1</sup> CORTÉS ABAD, O., “Justicia digital, abierta e innovadora: hechos y retos”, en: GÓMEZ MANRESA, M.<sup>a</sup> F.; FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. (Coords.), *Modernización digital e innovación de la administración de justicia*, Cizur Menor, Thomson-Reuters Aranzadi, 2019, p. 292.

diciales a efectos de incorporar tales avances. España no constituye una excepción a esta tendencia. En este sentido, ya en el año 2008 el Consejo General del Poder Judicial (en adelante, CGPJ) aprobó un Plan de Modernización de la Justicia entre cuyos ejes se encontraba, precisamente, el relacionado con la «e-justicia», esto es, la introducción de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en la administración de justicia para así prestar un servicio de mayor calidad y eficacia<sup>2</sup>. Por otra parte, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y el instrumento de la Unión Europea *Next Generation EU*, presentado a la Comisión el 30 de abril de 2021, el Gobierno adoptó el Plan Justicia 2030<sup>3</sup>, donde se sigue prestando una especial atención a la modernización de la justicia; de hecho, hasta la disolución de las Cortes en mayo de 2023, se estaban desarrollado en su seno tres proyectos de ley, todos vinculados al hito CID 152, medida C11 R2 (reforma para el impulso del Estado de Derecho y eficiencia del servicio público de justicia), como el de eficiencia organizativa, el de eficiencia procesal y, especialmente por lo que ahora interesa, el de eficiencia digital<sup>4</sup>. Estos trabajos parlamentarios se han retomado con la legislatura recién empezada e integran una buena parte del contenido del RDL 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública y mecenazgo, en concreto, interesa destacar las previsiones contenidas en el libro primero, ya que es el que incide en la modernización de la justicia a través de su digitalización.

2.– Esta modernización de la justicia conecta con la aspiración a lograr el cumplimiento del derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, donde la digitalización se configuraría como un instrumento hábil, en principio, para alcanzar tales objetivos.

2.1.– En efecto, la consecución de un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, como una de las piezas clave del derecho fundamental a la tutela

---

<sup>2</sup> El plan se aprobó por Acuerdo del Pleno del CGPJ de 12 de noviembre de 2018 y puede consultarse en [https://www.poderjudicial.es/portal/site/cgpj/menuitem.65d2c4456b6ddb628e635fc1dc432ea0/?vgnextoid=e1772cea4817f210VgnVCM1000006f48ac0aRCRD&vgnnextfmt=default&vgnnextlocale=es\\_ES](https://www.poderjudicial.es/portal/site/cgpj/menuitem.65d2c4456b6ddb628e635fc1dc432ea0/?vgnextoid=e1772cea4817f210VgnVCM1000006f48ac0aRCRD&vgnnextfmt=default&vgnnextlocale=es_ES), último acceso el 8 de septiembre de 2023.

<sup>3</sup> El contenido del plan es muy ambicioso. La información en <https://www.justicia2030.es/>, última consulta el 8 de septiembre de 2023.

<sup>4</sup> Un acercamiento global a su contenido puede realizarse por medio de GARCÍA MURCIA, J., “Las leyes de eficiencia del servicio público de justicia: visión general y posible incidencia en la jurisdicción social”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 474, 2023, pp. 55 y ss. Por otra parte, la contextualización en NUEZ RIVERA, S., “Reformas legislativas e incidencia en las leyes orgánicas y en las leyes procesales sociales. Propuestas de reforma”, *Cuadernos Digitales de Formación*, nº 38, 2021, 20 pp. En fin, más centrados en la eficiencia procesal, *vid.* MOYA AMADOR, R., “El proyecto de ley de eficiencia procesal y las reformas previstas en el proceso laboral”, *Trabajo y Derecho*, nº 102, 2023, 30 pp.; SALINAS MOLINA, F., “Una visión general de los desafíos de la jurisdicción social: propuestas de reforma legislativa a partir de una experiencia práctica crítica”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 474, 2023, pp. 25 y ss.

judicial efectiva, encuentra un firme aliado en la modernización de la justicia y de los cauces procedimentales. Y en esa modernización, la «inexorable» digitalización de la justicia<sup>5</sup> se muestra como una vía aparentemente adecuada para alcanzar el objetivo en cuestión<sup>6</sup>.

- Así, de entrada, la digitalización judicial aportaría una mayor rapidez y agilidad a los cauces procedimentales, esto es, al desarrollo del proceso<sup>7</sup>. Ello resulta particularmente evidente en lo relativo a la presentación de escritos y, sobre todo, en la realización de los variados actos de comunicación que tienen lugar durante el desarrollo de cualquier proceso judicial.
- Asimismo, también supondría un importante ahorro económico<sup>8</sup>, especialmente en términos de desplazamientos de las partes a la sede del órgano jurisdiccional, así como en cuanto a consumo de papel o el gasto en locales. Y

<sup>5</sup> La expresión en MARTÍN DIZ, F., “Justicia digital post-covid19: el desafío de las soluciones extrajudiciales electrónicas de litigios y la inteligencia artificial”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, nº 2, 2020, p. 42.

<sup>6</sup> Entre otros muchos, GONZÁLEZ MALABIA, S., “Las TIC en el nuevo modelo de justicia”, en: BARONA VILAR, S. (Coord.), *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia*, Cizur Menor, Thomson Reuters Civitas, 2016, pp. 57-58; ARENAS RAMIRO, M., “La modernización de la tutela judicial efectiva y el expediente judicial electrónico”, en: GÓMEZ MANRESA, M.<sup>a</sup> F.; FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. (Coords.), *Modernización digital e innovación de la administración de justicia*, Cizur Menor, Thomson-Reuters Aranzadi, 2019, p. 244; CERDÁ MESEGUER, J. I., “Hacia una administración de justicia plenamente electrónica: disfunciones normativas y jurisprudenciales”, en: GÓMEZ MANRESA, M.<sup>a</sup> F.; FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. (Coords.), *Modernización digital e innovación de la administración de justicia*, Cizur Menor, Thomson-Reuters Aranzadi, 2019, pp. 373-374; CORTÉS ABAD, O., “Justicia digital, abierta...”, *op. cit.*, p. 294; PÉREZ-LUÑO ROBLEDO, E. C., “La informatización de la administración de justicia en España”, en: CONDE FUENTES, J.; SERRANO HOYO, G. (Dirs.), *La justicia digital en España y en la Unión Europea*, Barcelona, Atelier, 2019, pp. 52 y 56; LOZANO GAGO, M.<sup>a</sup> L., “La aportación de pruebas en los juicios civiles telemáticos”, *Práctica de los Tribunales*, nº 147, 2020, p. 2; BARONA VILAR, S., *Algoritmización del derecho y de la justicia. De la Inteligencia Artificial a la Smart Justice*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 349-350; DELGADO MARTIN, J., “Tecnología para afrontar los efectos de la pandemia sobre la justicia”, *Diario La Ley*, nº 9781, 2021, pp. 2 y ss.; BUENO BENEDÍ, M., “Retos pendientes en el uso de la videoconferencia otras tecnologías en nuestra administración de justicia”, *Práctica de los Tribunales*, nº 147, 2022, p. 2; MOLINA NAVARRETE, C., “¿«Nueva modernidad» para una jurisdicción social estancada?: retos en los entornos de una «sociedad digital del trabajo» y justicia «multinivel»”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 474, 2023, p. 6.

<sup>7</sup> GONZÁLEZ MALABIA, S., “Las TIC en el nuevo modelo...”, *op. cit.*, p. 57; ARENAS RAMIRO, M., “La modernización...”, *op. cit.*, p. 244; CERDÁ MESEGUER, J. I., “Hacia una administración...”, *op. cit.*, p. 374; CORTÉS ABAD, O., “Justicia digital, abierta...”, *op. cit.*, p. 294; TIERNO BARRIOS, S., “E-justicia y videoconferencia: especial referencia a la cooperación en materia civil”, en: CONDE FUENTES, J.; SERRANO HOYO, G. (Dirs.), *La justicia digital en España y en la Unión Europea*, Barcelona, Atelier, 2019, p. 122; VALERO CANALES, A. L., “Consideraciones procesales del expediente judicial electrónico”, en: GÓMEZ MANRESA, M.<sup>a</sup> F.; FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. (Coords.), *Modernización digital e innovación de la administración de justicia*, Cizur Menor, Thomson-Reuters Aranzadi, 2019, p. 344; BARONA VILAR, S., *Algoritmización...*, *op. cit.*, p. 350.

<sup>8</sup> Entre otros, CERDÁ MESEGUER, J. I., “Hacia una administración...”, *op. cit.*, p. 374; TIERNO BARRIOS, S., “E-justicia...”, *op. cit.*, p. 122; VALERO CANALES, A. L., “Consideraciones procesales...”, *op. cit.*, p. 344.

es que, en el primer sentido, téngase en cuenta que la digitalización facilita la realización de determinadas actuaciones a distancia, suprimiendo las barreras territoriales y potenciando la igualdad, a fin de cuentas, como han destacado algunos expertos en la materia, en la actualidad «hay más personas en el mundo con acceso a internet que personas con acceso a la justicia»<sup>9</sup>; en el segundo, las nuevas tecnologías abren el paso a la sustitución de la documentación en soporte analógico por otra en soporte distinto cuyo almacenamiento presenta unas exigencias diversas.

- Igualmente, también se ha destacado que la digitalización podría favorecer la transparencia judicial, ya que debería simplificar el acceso de la ciudadanía a la justicia y posibilitar el conocimiento del estado en que se encuentra la tramitación de sus asuntos<sup>10</sup>.
- En fin, como consecuencia de todo ello, se ganaría en eficacia y eficiencia<sup>11</sup>; y no solo en los pleitos «tradicionales» de cariz meramente interno, sino también, de una forma muy marcada, en aquellos otros procesos de alcance transfronterizo<sup>12</sup>, los cuales tienen una presencia cada vez mayor en el panorama judicial.

2.2.– Con todo, normalmente no existen verdades absolutas y el ahorro temporal puede ponerse en entredicho, al igual que el ahorro económico, pues una digitalización adecuada requiere de importantes inversiones en tecnología y en formación y la «transición digital» inicialmente va acompañada de dificultades que ralentizan los procesos<sup>13</sup>. Asimismo, a ello hay que unir la inexistencia de un marco jurídico apropiado<sup>14</sup> y, en el caso de un estado autonómico como el nuestro, la dispersión de competencias en la materia<sup>15</sup>, algo que provoca la existencia en nuestro país de diferentes sistemas de gestión procesal que carecen de la adecuada interoperabilidad<sup>16</sup>. Las anteriores no son las únicas

<sup>9</sup> SUSSKIND, R., *Tribunales on line y la justicia del futuro*, Madrid, La Ley-Wolters Kluwer, 2020, (Traducción por GEA Textos S.L. del original en inglés *Online Courts and the future of Justice* publicado en 2019), p. 47.

<sup>10</sup> PÉREZ-LUÑO ROBLEDO, E. C., “La informatización...”, *op. cit.*, p. 52; CORTÉS ABAD, O., “Justicia digital, abierta...”, *op. cit.*, p. 294.

<sup>11</sup> CORTÉS ABAD, O., “Justicia digital, abierta...”, *op. cit.*, p. 294.

<sup>12</sup> En este sentido, por ejemplo, ARENAS RAMIRO, M., “La modernización...”, *op. cit.*, p. 246; TIERNO BARRIOS, S., “E-justicia...”, *op. cit.*, p. 122.

<sup>13</sup> Así, entre otros, CERNADA BADÍA, R., “«LexNET» o la selección natural en el foro del siglo XXI”, en: GÓMEZ MANRESA, M.<sup>a</sup> F.; FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. (Coords.), *Modernización digital e innovación de la administración de justicia*, Cizur Menor, Thomson-Reuters Aranzadi, 2019, p. 420; PÉREZ-LUÑO ROBLEDO, E. C., “La informatización...”, *op. cit.*, p. 57; VALERO CANALES, A. L., “Consideraciones procesales...”, *op. cit.*, p. 345; DE LA CASA QUESADA, S., “Retos del régimen de la prueba en el proceso social y sus recursos, en especial ante la transformación digital”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 474, 2023, p. 124.

<sup>14</sup> Al margen de la cita específica en sede de justicia telemática, con carácter general, *vid.*, BUENO BENEDÍ, M., “Retos pendientes...”, *op. cit.*, pp. 2 y ss./22.

<sup>15</sup> GONZÁLEZ MALABIA, S., “Las TIC en el nuevo modelo...”, *op. cit.*, pp. 57 y ss.

<sup>16</sup> CERDÁ MESEGUER, J. I., “Hacia una administración...”, *op. cit.*, p. 378.

reticencias que suscita la digitalización judicial. Así, según veremos en líneas próximas, algunos detractores de la misma han puesto sobre la mesa de debate cómo ciertas manifestaciones de esta digitalización cuestionan el respeto a determinados derechos y principios fundamentales del proceso<sup>17</sup>.

### 1.2. Las actuaciones normativas en materia de digitalización de la justicia

3.– En todo caso, con independencia de cuál sea nuestra opinión al respecto, lo que resulta innegable es que nos encontramos inmersos en un proceso de digitalización seguramente imparabile que la pandemia derivada del COVID-19 no ha hecho sino acelerar<sup>18</sup>.

4.– En efecto, con anterioridad a la misma, ya se habían ido efectuado importantes avances en la materia, de manera muy paulatina. En este sentido, cabe destacar una serie de hitos normativos relevantes, tanto de corte general, como específicamente en las normas de procedimiento cuya visión «condensada» permite apreciar los avances conseguidos<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Así lo han reseñado, sobre todo al hilo de la realización de juicios telemáticos, distintos autores como RICHARD GONZÁLEZ, M., “Elogio del juicio oral (presencial) escrito por un profesor partidario del uso de la tecnología en el sistema judicial”, *Diario La Ley*, nº 9654, 2020, pp. 2 y 8-12, TUSET VARELA, D., “Proceso 2.0: video-identificación, identidad digital soberana y brecha digital”, *Diario La Ley*, nº 9761, 2020, p. 2; VÉLEZ TORO, A. J., “La normalización de una justicia de excepción”, *Diario La Ley*, nº 9779, 2021, p. 8.

<sup>18</sup> Esta aceleración del proceso a resultas de la pandemia ha sido destacada por distintos autores. Al respecto, *vid.* ABELLÁN ALBERTOS, A., “Actuaciones procesales mediante videoconferencia: cuestiones a tener en cuenta en un juicio telemático civil por un abogado”, *Práctica de los Tribunales*, nº 147, 2020, pp. 2-3; GÓMEZ ESTEBAN, J., “Juicios telemáticos en el orden jurisdiccional social ¿utopía transformada en realidad apresurada?”, *Diario La Ley*, nº 9662, 2020, p. 2; MAGRO SERVET, V., “Hacia el uso habitual de las videoconferencias en las vistas judiciales. Aprovechando las enseñanzas del Coronavirus. De la Excepción a la regla general del art. 19 RD 16/2020, de 28 de abril”, *Diario La Ley*, nº 9646, 2020, p. 2; TUSET VARELA, D., “Proceso 2.0...”, *op. cit.*, p. 1; DELGADO MARTÍN, J., “Tecnología...”, *op. cit.*, pp. 1-2; GASCÓN INCHAUSTI, F., “¿Han venido para quedarse las vistas telemáticas?”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº extraordinario, 2021, p. 384; GARCÍA-VARELA IGLESIAS, R., “Camino a la intermediación digital en justicia: juicios y actos procesales remotos”, *Diario La Ley*, nº 9873, 2021, p. 1/13; RAYÓN BALLESTEROS, M.<sup>a</sup> C., “Tecnología al servicio del proceso: especial referencia a la celebración de juicios telemáticos”, *Ius et Scientia*, vol. 8, nº 1, 2022, p. 189.

<sup>19</sup> La reconstrucción del proceso evolutivo puede efectuarse por medio de GONZÁLEZ MALABIA, S., “Las TIC en el nuevo modelo...”, *op. cit.*, pp. 57 y ss.; ARENAS RAMIRO, M., “La modernización...”, *op. cit.*, pp. 251-260; CORTÉS ABAD, O., “Justicia digital, abierta...”, *op. cit.*, pp. 294 y ss.; FERNÁNDEZ NIETO, L. A., “Los actos de comunicación procesal y el sistema informático de telecomunicaciones Lex Net en la jurisdicción social”, *Diario La ley*, nº 9424, 2019, pp. 3 y ss.; GARCÍA COSTA, F. M., “Perfiles constitucionales de la justicia electrónica”, en: GÓMEZ MANRESA, M.<sup>a</sup> F.; FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. (Coords.), *Modernización digital e innovación de la administración de justicia*, Cizur Menor, Thomson-Reuters Aranzadi, 2019, pp. 23 y ss.; PÉREZ GAIPO, J., “El proceso laboral ante la era digital”, en: CONDE FUENTES, J.; SERRANO HOYO, G. (Dirs.), *La justicia digital en España y en la Unión Europea*, Barcelona, Atelier, 2019, pp. 71 y ss.; TIERNO BARRIOS, S., “E-justicia...”, *op. cit.*, pp. 115 y ss.; BARONA VILAR, S., *Algoritmización...*, *op. cit.*, pp. 350 y ss.

4.1.— Por lo que respecta a las normas generales, el punto de partida debe ser la LOPJ de 1985, pues ya había abierto tímidamente la puerta a la tecnología con la referencia incluida en su art. 230 al posible empleo de cualquier «*medio técnico de documentación y reproducción*», siempre que ofreciera garantías de autenticidad. A partir de ahí, el precepto experimentó una serie de reformas sucesivas (LO 16/1994, LO 13/2003, LO 7/2015 y LO 4/2018) que fueron ahondando en la materia, ampliando su alcance y reconfigurando el derecho en una obligación para la administración e, incluso, en deber para la ciudadanía si así lo prevén las normas de procedimiento. Asimismo, en este apartado de previsiones de corte general, una especial mención merece la Ley 18/2011, de 5 de julio, sobre el uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia (en adelante, LUTICAJ), pues incorporó unos contenidos muy relevantes en el proceso de digitalización (sede judicial electrónica, el EJE, el registro electrónico, los actos de comunicación y notificación electrónicos, etc.).

4.2.— Por otra parte, si descendemos al terreno de las específicas normas de procedimiento, también las distintas leyes rituarías se han ido adaptando paulatinamente y a un ritmo distinto al progreso tecnológico. Asimismo, han ido desplegando influencias unas en otras. Por lo que respecta al proceso laboral, ya en la Ley de Procedimiento Laboral (en adelante, LPL) de 1990 se encontraban referencias a lo que hoy entendemos como «prueba tecnológica», admitiendo su art. 90 las de reproducción de la palabra, la imagen y el sonido, algo que se mantendría en el texto de la LPL de 1995 y en la vigente Ley Reguladora de la Jurisdicción Social de 2011 (en adelante, LRJS), siempre en el mismo precepto. Las distintas reformas habidas en el tiempo sobre estos cuerpos normativos (Ley 13/2009, de 3 de noviembre, Ley 18/2011, de 5 de julio, e, indirectamente, la Ley 42/2015, de 5 octubre) han ido repercutiendo en diversos aspectos que inciden en la digitalización de la justicia.

5.— En este contexto normativo, la pandemia derivada del COVID-19 y la suspensión de actividades a ella ligada nos sorprendió sin la culminación de ese procedimiento digitalizador hasta sus últimas consecuencias<sup>20</sup>. Tal vez, de haberlo culminado, no hubiese sido necesaria la paralización de los plazos procesales, así como de las actuaciones judiciales -con algunas excepciones- que acompañaron a la declaración del estado de alarma<sup>21</sup>. La normativa de urgencia dictada en esos momentos trató de sortearlo mediante las previsiones contenidas primero en el RDL 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, y, después, en la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, con idén-

---

<sup>20</sup> SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA, J. M., “La tramitación del proceso social por medios telemáticos y sus problemas”, *Trabajo y Derecho*, nº 12, 2020, p. 2.

<sup>21</sup> MAGRO SERVET, V., “Hacia el uso habitual...”, *op. cit.*, p. 3/12; también en MAGRO SERVET, V., “¿Pueden los testigos y peritos comparecer on line en una vista civil?”, *Práctica de los Tribunales*, nº 147, 2020, p. 2; SALOM LUCAS, A., “Los juicios telemáticos: ¿ficción o realidad?”, *Revista El Derecho-Lefebvre*, 2021, p. 3.

tico nombre, en donde se aludía, entre otras cosas, a la realización preferente de vistas telemáticas en todos los órdenes jurisdiccionales<sup>22</sup>.

6.– El importante avance producido durante el año 2020, tras años de parón, no se cerró con la mejora de la situación sanitaria. En este sentido, según he indicado al principio de este trabajo, antes de la disolución de las Cortes en mayo de 2023, estaban en marcha tres importantes proyectos normativos llamados a proporcionar un nuevo impulso a esta materia: el Proyecto de Ley de Eficiencia Organizativa, el Proyecto de Ley de Eficiencia Procesal y el Proyecto de Ley de Eficiencia Digital.

6.1.– Sin embargo, la disolución de las Cortes en mayo de 2023 y la convocatoria anticipada de elecciones dejaron estos proyectos sin culminar y abrieron un período de incertidumbre al respecto. La constitución del nuevo gobierno, y la reanudación de la actividad normativa, ha traído consigo la aprobación del ya mencionado RDL 6/2023, de 19 de diciembre, cuya aprobación ha de suponer un espaldarazo definitivo a la consecución de la justicia digital con lo que ello implica. Y es que el aprovechamiento tecnológico debería redundar en una sustancial mejora de la justicia en términos de celeridad, eficacia y eficiencia<sup>23</sup>.

6.2.– Al respecto, téngase en cuenta que el RDL se estructura en cuatro libros, de los cuales el primero se destina a regular las “Medidas de Eficiencia Digital y Procesal del Servicio Público de Justicia”, abordando cuestiones tales como los derechos y deberes digitales en el ámbito de la Administración de Justicia, el acceso digital a la misma, la tramitación electrónica de los procedimientos, los actos y servicios no presenciales, los registros de la Administración de Justicia y los archivos electrónicos o la cooperación entre las administraciones con competencias en materia de Administración de Justicia. Todo este conjunto de previsiones tiene un alcance transversal, común a todos los órdenes jurisdiccionales y suponen una actualización de la LUTICAJ, la cual se deroga. Al margen de lo anterior, el título VIII introduce previsiones «especializadas» por órdenes jurisdiccionales, modificando las respectivas leyes de procedimiento, algo de lo que no escapa la LRJS.

### *1.3. Algunas manifestaciones clave de la digitalización de la justicia*

7.– La evolución normativa apenas apuntada permite identificar un conjunto de aspectos relevantes del proceso en los que ha incidido la digitalización de la justicia de una manera singular.

---

<sup>22</sup> Un acercamiento al contenido del RDL en NORES TORRES, L. E., “Pandemia y reformas procesales: la incidencia del COVID-19 en el proceso laboral, *Quaderns de Ciències Socials*, nº 44, 2020, pp. 18-37; en cuanto a la Ley, NORES TORRES, L. E., “La justicia laboral ante la COVID-19: reformas procesales en tiempos de pandemia”, *Revista de Direito do Trabalho e Seguridade Social*, nº 218, 2021, pp. 179-194.

<sup>23</sup> GÓMEZ ESTEBAN, J. “Juicios telemáticos...”, *op. cit.*, p.2.

7.1.— Al respecto, la doctrina científica ha destacado cuatro grandes sectores de interés<sup>24</sup>: de entrada, la informática jurídica procesal documental, que se centraría en la informatización de archivos judiciales e interconexión de bases de datos y sistemas operativos; en segundo lugar, la informática jurídica procesal de gestión, relativa a la informatización de los trámites y procedimientos, así como a la adaptación de la oficina judicial; en tercer lugar, la informática jurídico decisional, relacionada con la elaboración de sistemas expertos que actúen como herramientas de apoyo a la decisión judicial; por último, el desarrollo de la ciberciudadanía, vinculada a la comunicación de los ciudadanos y los operadores jurídicos.

7.2.— Estos núcleos de interés se pueden concretar en la presentación de escritos y la realización de comunicaciones vía electrónica, la implantación del Expediente Judicial Electrónico, la documentación de las actuaciones en soporte videográfico, la realización de ciertos actos procesales de manera telemática, incluidas las vistas, las deliberaciones de los órganos colegiados o las subastas judiciales, así como la incorporación de las actuaciones automatizadas, proactivas y asistidas, lo que enlaza con la incorporación de la inteligencia artificial a la actividad judicial.

A pesar del enorme interés que presentan todas y cada una de estas materias<sup>25</sup>, algo que, por lo demás, la aprobación del RDL 6/2023 ha revitalizado, los dos últimos (la realización telemática de los actos procesales y la incorporación de la inteligencia artificial al proceso) merecen, sin lugar a dudas, una especial mención. Pues bien, ello determina que en esta sección de debates nos hayamos centrado en las mismas: el profesor TASCÓN LÓPEZ reflexiona sobre la primera cuestión, encargándome yo de la segunda.

## 2. Actuaciones automatizadas, proactivas y asistidas

### 2.1. La incorporación de la Inteligencia Artificial en la administración de justicia

8.— Las distintas manifestaciones de la digitalización de la justicia, como la presentación telemática de escritos y documentos, la realización de las comunicaciones vía LexNET, la implantación del EJE, el desarrollo de las bases de datos jurídicas, la realización de algunas actuaciones procesales e, incluso, la propia vista o acto de juicio de manera enteramente telemática, así como la implantación del Punto Neutro Judicial y otras utilidades en materia ejecutiva, se han visto coadyuvadas en su expansión por el desarrollo de la inteligencia artificial. Y es que las utilidades, reales y/o potenciales, que ésta presenta

---

<sup>24</sup> PÉREZ-LUÑO ROBLEDO, E. C., “La informatización...”, *op. cit.*, p. 55; en una línea parecida, PÉREZ GAIPO, J., “El proceso laboral...”, *op. cit.*, p. 73.

<sup>25</sup> Al respecto, me remito a NORES TORRES, L. E., “El proceso de digitalización en la jurisdicción social: algunos avances y perspectivas”, *Lex Social, revista de los derechos sociales*, vol. 13, nº 2, 2023, pp. 1-30.

en el ámbito jurídico son muy numerosas y variadas, tanto, que hasta su presencia con frecuencia nos pasa «desapercibida»<sup>26</sup>.

8.1.— En efecto, de entrada, piénsese en el propio corrector de textos que empleamos cotidianamente o los diferentes buscadores de jurisprudencia, de trabajos doctrinales o de modelos de resolución y los avances que han experimentado en los últimos años, permitiendo un mejor almacenamiento y procesamiento de los datos obtenidos<sup>27</sup>. Asimismo, en este mismo sentido, pueden mencionarse las distintas experiencias implantadas en la automatización de operaciones de gestión y tramitación que son puramente mecánicas<sup>28</sup>. Igualmente, cabe imaginar en su incorporación a la actividad probatoria, pues, aunque su virtualidad sería muy superior en un sistema en el que imperase la valoración legal de la prueba<sup>29</sup>, no hay que desdeñar su utilidad en aquellos donde reina la libre valoración para distintas acciones<sup>30</sup>, ya que la inteligencia artificial puede encontrar un relevante campo de actuación que va desde la propia admisión de pruebas hasta su práctica, dado que algunas aplicaciones permiten calibrar las circunstancias de las declaraciones de las partes o testigos<sup>31</sup> o analizar los documentos presentados por las partes<sup>32</sup>, siendo especialmente útiles en el terreno de los peritajes, donde presentan un gran potencial a la hora de determinar la valía tanto del sujeto emisor, como del informe que presenta, al facilitar la comprobación de sus méritos curriculares y la apreciación de la concurrencia de los criterios Daubert empleados para «medir» la calidad/fiabilidad de este tipo de pruebas<sup>33</sup>. En fin, más lejos aún de lo hasta ahora señalado, se abre un panorama en el que la tecnología supera la «automatización» de las decisiones y actividades y determina su propia «transformación»<sup>34</sup>, de manera que los sistemas llegan a predecir los resultados de la actividad desarrollada por los órganos jurisdiccionales, tras el análisis

<sup>26</sup> La expresión en NIEVA FENOLL, J., *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Madrid, Marcial Pons, 2018, p. 165.

<sup>27</sup> NIEVA FENOLL, J., *Inteligencia...*, op. cit., p. 14; BORRÁS ANDRÉS, N., “La verdad y la ficción de la inteligencia artificial en el proceso penal”, en: CONDE FUENTES, J.; SERRANO HOYO, G. (Dirs.), *La justicia digital en España y en la Unión Europea*, Barcelona, Atelier, 2019, p. 37; BARONA VILAR, S., *Algoritmización...*, op. cit., pp. 381 y ss.; GÓMEZ COLOMER, J. L., *El juez-robot. La independencia judicial en peligro*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023), pp. 130 y ss.

<sup>28</sup> NIEVA FENOLL, J., *Inteligencia...*, op. cit., pp. 24 y ss.; BORRÁS ANDRÉS, N., “La verdad y la ficción...”, op. cit., p. 37; BARONA VILAR, S., *Algoritmización...*, op. cit., pp. 381 y ss.; GÓMEZ COLOMER, J. L., *El juez-robot*, op. cit., p. 134.

<sup>29</sup> a reflexión aparece en distintos autores, entre otros, NIEVA FENOLL, J., *Inteligencia...*, op. cit., p. 79; BORRÁS ANDRÉS, N., “La verdad y la ficción...”, op. cit., p. 35.

<sup>30</sup> NIEVA FENOLL, J., *Inteligencia...*, op. cit., p. 36 y pp. 79 y ss.; BARONA VILAR, S., *Algoritmización...*, op. cit., pp. 587 y ss.; GÓMEZ COLOMER, J. L., *El juez-robot...*, op. cit., p. 135.

<sup>31</sup> NIEVA FENOLL, J., *Inteligencia...*, op. cit., pp. 80 y ss.; BARONA VILAR, S., *Algoritmización...*, op. cit., pp. 591-593; GÓMEZ COLOMER, J. L., *El juez-robot...*, op. cit., pp. 262-264.

<sup>32</sup> NIEVA FENOLL, J., *Inteligencia...*, op. cit., pp. 90 y ss.; BARONA VILAR, S., *Algoritmización...*, op. cit., pp. 593-594; GÓMEZ COLOMER, J. L., *El juez-robot...*, op. cit., p. 263.

<sup>33</sup> NIEVA FENOLL, J., *Inteligencia...*, op. cit., pp. 93 y ss.; BARONA VILAR, S., *Algoritmización...*, op. cit., p. 593; GÓMEZ COLOMER, J. L., *El juez-robot...*, op. cit., pp. 263 y ss.

<sup>34</sup> SUSSKIND, R., *Tribunales...*, op. cit., pp. 55 y ss.

de supuestos anteriores similares, el historial acumulado, los sujetos actuantes, etc., y proponer soluciones al conflicto planteado, en su totalidad o a alguna de las cuestiones derivadas, como puede ser, por ejemplo, la adopción de medidas cautelares, valorando la concurrencia del *periculum in mora*<sup>35</sup> o la apreciación de litispendencia, cosa juzgada, así como las decisiones sobre acumulación<sup>36</sup>; incluso, según algunos, cabe imaginar que en el futuro puedan llegar a adoptar las decisiones, aunque seguramente ésta debiera ser la «última frontera»<sup>37</sup>.

8.2.— En definitiva, las utilidades esperables de la inteligencia artificial en el terreno de la Administración de Justicia se mueven por tres senderos funcionales un tanto diversos<sup>38</sup>. Así, en primer lugar, estarían toda una serie de funciones de corte instrumental, donde aquélla puede facilitar la tramitación procesal mediante la automatización de distintas actuaciones. Un segundo nivel vendría constituido por todos aquellos usos que, gracias al tratamiento de datos, brindan una «asistencia» en términos predictivos o propositivos a los operadores jurídicos, singularmente, a los abogados, a los graduados sociales y, por lo que aquí interesa, a los titulares de los órganos jurisdiccionales. El tercer estadio vendría conformado por el recurso a la inteligencia artificial con un papel mucho más incisivo, atribuyéndole un rol decisorial y, en cierto modo, sustitutivo del órgano jurisdiccional. En conclusión, junto a la integración de estas manifestaciones tecnológicas en las actuaciones judiciales y en la gestión procesal, también avanzaremos en la robotización de las distintas labores judiciales<sup>39</sup>. En efecto, se trata de una tendencia ya constatable en otros países que conocen de algunas experiencias con distintos grados de implantación<sup>40</sup> y que abre unas cuestiones problemáticas de gran interés a las que habrá que dar respuesta<sup>41</sup>.

<sup>35</sup> El tema ha sido tratado en profundidad por NIEVA FENOLL, J., *Inteligencia...*, *op. cit.*, pp. 61 y ss.; asimismo, *vid.* BARONA VILAR, S., *Algoritmización...*, *op. cit.*, pp. 635 y ss.

<sup>36</sup> NIEVA FENOLL, J., *Inteligencia...*, *op. cit.*, pp. 119-121.

<sup>37</sup> La expresión en NIEVA FENOLL, J., *Inteligencia...*, *op. cit.*, p. 31.

<sup>38</sup> Entre otros, GUZMÁN FLUJA, V. C., “Sobre la aplicación de la Inteligencia artificial a la solución de conflictos”, en: BARONA VILAR, S. (Coord.), *Justicia Civil y Penal en la era global*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 106 y ss.; MARTIN DIZ, F., “Justicia digital...”, *op. cit.*, pp. 63; BARONA VILAR, S., *Algoritmización...*, *op. cit.*, pp. 547 y ss.

<sup>39</sup> BARONA VILAR, S., *Algoritmización...*, *op. cit.*, p. 780.

<sup>40</sup> El análisis de estas experiencias en, por ejemplo, ALLENDE PÉREZ DE ARCE, J. A., “Tribunales civiles en línea: una propuesta para introducirlos sin afectar al derecho a acceder a la justicia de quienes no están conectados a internet”, *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, vol. 8, nº 1, 2019, pp. 185-206; ERCILLA GARCÍA, J., “Tribunales virtuales y procedimiento *on line*: solución de contingencia ante pandemias o evolución necesaria”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 446, 2020, pp. 109-141; SUSSKIND, R., *Tribunales...*, *op. cit.*, pp. 197 y ss.; BARONA VILAR, S., *Algoritmización...*, *op. cit.*, pp. 646 y ss. Asimismo, de interés también el análisis sobre la plataforma europea en materia de consumo efectuado por HERNÁNDEZ MOURA, B., “La gestión digital de conflictos a través de la plataforma europea de resolución de litigios en línea”, en: CONDE FUENTES, J.; SERRANO HOYO, G. (Dirs.), *La justicia digital en España y en la Unión Europea*, Barcelona, Atelier, 2019, pp. 393-401.

<sup>41</sup> GUZMÁN FLUJA, V. C., “Sobre la aplicación de...”, *op. cit.*, pp. 67-122; SUSSKIND, R., *Tribunales...*, *op. cit.*; BARONA VILAR, S., *Algoritmización...*, *op. cit.*, en especial, pp. 550 y ss.; GÓMEZ COLOMER, J. L., *El juez-robot...*, *op. cit.*, en especial, pp. 225 y ss.

9.– Todo ello explica el grado de atención creciente dispensado a la materia por parte de la doctrina procesal, donde el incremento de los estudios sobre la incorporación y utilización de aplicaciones y sistemas de inteligencia artificial en el proceso ha sido muy notable en los últimos tiempos, seguramente potenciado también por las diferentes propuestas normativas existentes con repercusión en este terreno<sup>42</sup>. En este sentido, piénsese en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establecen normas armonizadoras en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión<sup>43</sup> o, entre nosotros, el Proyecto de Ley de Eficiencia Digital, presentado en septiembre de 2022<sup>44</sup> y que cristaliza en el libro primero del RDL 6/2023, de 19 de diciembre.

## 2.2. Los grandes temas de debate: las funciones «sustitutivas»

10.– Estos estudios permiten identificar los grandes temas de debate que suscita el empleo de los sistemas de inteligencia artificial por parte de la Administración de Justicia, donde los aspectos más polémicos surgen al hilo de los mecanismos computacionales que asumen funciones sustitutivas de las encomendadas a los titulares de los órganos jurisdiccionales o, en otras palabras, la aceptación del llamado «juez robot».

10.1.– Al respecto, por supuesto, se encuentra la cuestión relativa a la aptitud decisoria de la inteligencia artificial como si de un juez se tratase al cuestionarse su aptitud para razonar o motivar las decisiones<sup>45</sup>. Y es que, el proceso de adopción de decisiones judiciales es verdaderamente «complejo»<sup>46</sup>, pues la actividad de juzgar consiste en una «combinación de conocimientos, formulación de hipótesis, uso de heurísticos y aplicación de las emociones para redondear la justicia del caso concreto»<sup>47</sup>, apareciendo la decisión judicial como el resultado de una pluralidad de elementos en donde confluye la valoración de la prueba practicada, la argumentación que servirá de motivación al resultado alcanzado y una ponderación de los derechos concurrentes de las partes procesales y los principios procesales<sup>48</sup>, siendo dudoso que la tecnología haya alcanzado tal grado de «emulación» del comportamiento humano<sup>49</sup>.

<sup>42</sup> Así lo explica BORRÁS ANDRÉS, N., “La verdad y la ficción...”, *op. cit.*, p. 31.

<sup>43</sup> SEC (2021) 167 final.

<sup>44</sup> BOCG 12 de septiembre de 2022.

<sup>45</sup> Así, entre otros, NIEVA FENOLL, J., *Inteligencia...*, *op. cit.*, pp. 99 y ss.; BORRÁS ANDRÉS, N., “la verdad y la ficción...”, *op. cit.*, p. 34; SUSSKIND, R., *Tribunales...*, *op. cit.*, pp. 320 y ss.; BARONA VILAR, S., *Algoritmización...*, *op. cit.*, p. 585; GÓMEZ COLOMER, J. L., *El juez-robot...*, *op. cit.*, p. 145.

<sup>46</sup> BARONA VILAR, S., *Algoritmización...*, *op. cit.*, p. 587.

<sup>47</sup> NIEVA FENOLL, J., *Inteligencia...*, *op. cit.*, p. 58.

<sup>48</sup> BARONA VILAR, S., *Algoritmización...*, *op. cit.*, pp. 625-626.

<sup>49</sup> En un sentido más matizado, SUSSKIND, R., *Tribunales...*, *op. cit.*, pp. 322-323, quien niega que la Inteligencia Artificial pueda pensar o emocionarse como un juez, duda sobre la posibilidad de que pueda motivar una decisión, pero cree en la posibilidad de que dé respuestas como las que esperamos de un juez.

10.2.— En todo caso, al margen de esta cuestión, la cual presenta un notable cariz técnico y evidentes connotaciones a tratar desde el campo de la filosofía del derecho, a mi juicio, desde la perspectiva jurídico-procesal, las dudas más acuciantes son otras. Y no me refiero a los riesgos de «fossilización» de las decisiones judiciales derivados de la intervención de la inteligencia artificial con este propósito<sup>50</sup>, sino a la propia admisibilidad de la utilización de estos mecanismos computacionales en la toma de decisiones que resuelvan conflictos jurídicos, pues resulta cuestionable que ello respete la conformación constitucional del poder judicial, así como los principios del proceso y del procedimiento.

### 2.2.1. Las fricciones con la conformación constitucional del poder judicial

11.— En efecto, por lo que respecta a la primera perspectiva apuntada, no puede perderse de vista que el art. 117 CE atribuye la función jurisdiccional exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes; y que un atributo que acompaña de forma necesaria a los jueces y magistrados que integran tales órganos es, de conformidad con el mismo precepto, el de su independencia, así como su imparcialidad y responsabilidad. Pues bien, así las cosas, el art. 117 CE actúa como un impedimento insalvable a la posibilidad de admitir que una inteligencia artificial pueda desarrollar labores de enjuiciamiento en sustitución de los jueces y magistrados, pues carece de la imprescindible legitimidad democrática que concurre en jueces y magistrados<sup>51</sup>. Asimismo, la asunción de funciones decisorias en la solución de los litigios por parte de sistemas computacionales resulta difícilmente compatible con los requerimientos de independencia, imparcialidad y responsabilidad que impone dicho precepto sobre los integrantes del poder judicial, aunque pudiese parecer lo contrario.

11.1.— En este sentido, el punto de partida que hemos de adoptar es el relativo al significado de la independencia, el cual entronca con el sometimiento de jueces y magistrados exclusivamente al imperio de la ley democráticamente aprobada, sin que sean admisibles eventuales injerencias externas de otros poderes u organismos que persigan someter a los primeros o influir en su actividad<sup>52</sup>. Así las cosas, en principio, cabría dudar sobre la posibilidad de que la inteligencia artificial pudiera verse «doblegada», pues su programación podría seguramente haber previsto y sorteado tales riesgos de injerencia<sup>53</sup>. Ahora bien, como ha señalado la doctrina, que la máquina sea ajena a dichos riesgos no quiere decir que la persona encargada de su programación lo sea<sup>54</sup>. Así pues,

<sup>50</sup> A ello aluden, por ejemplo, NIEVA FENOLL, J., *Inteligencia...*, *op. cit.*, p. 99; SAN MIGUEL CASO, C., “Las técnicas de predicción judicial y su repercusión en el proceso”, en: CONDE FUENTES, J.; SERRANO HOYO, G. (Dirs.), *La justicia digital en España y en la Unión Europea*, Barcelona, Atelier, 2019, p. 43.

<sup>51</sup> GÓMEZ COLOMER, J. L., *El juez-robot...*, *op. cit.*, pp. 189 y 221.

<sup>52</sup> GÓMEZ COLOMER, J. L., *El juez-robot...*, *op. cit.*, p. 209.

<sup>53</sup> GÓMEZ COLOMER, J. L., *El juez-robot...*, *op. cit.*, p. 217.

<sup>54</sup> SAN MIGUEL CASO, C., “Las técnicas...” , *op. cit.*, p. 44; BARONA VILAR, S., *Algoritmización...*, *op. cit.*, p. 658; GÓMEZ COLOMER, J. L., *El juez-robot...*, *op. cit.*, p. 217.

resulta imprescindible una correcta selección de los sujetos encargados de conformar las herramientas informáticas, así como un organismo de garantía<sup>55</sup>; en esta línea, se ha propugnado la necesidad de adoptar unas normas protocolo que cubriesen la función que desarrolla la normativa que regula el acceso a la función jurisdiccional, garantizando el tipo de máquina, quién la diseñó, el contenido de la misma y quién puede llegar a controlarla, así como mecanismos de fiscalización<sup>56</sup>.

11.2.– Por su parte, la imparcialidad aparece como una especie de dama de compañía de la independencia, actuando ésta como presupuesto de aquélla, si bien ambos cubren intereses y objetivos distintos<sup>57</sup>. Y es que, así como la independencia se predica en términos generales y opera *ad extra*, la imparcialidad se relaciona con el caso concreto y actúa *ad intra*, pues lo que persigue es garantizar que la persona encargada de enjuiciar no tenga un interés específico en el objeto del litigio y en su resultado. A tal fin, existen las causas de abstención y recusación, las cuales, si se analizan, se articulan sobre la base de influencias volitivas, positivas o negativas, concurrentes en el órgano jurisdiccional que pudiesen enturbiar su objetividad. A partir de tal entendimiento, lo cierto es que resulta complejo aceptar que pueda afectar a la máquina, por su falta de emociones, al menos hoy por hoy<sup>58</sup>. Ahora bien, de manera similar a lo señalado respecto la independencia, que la máquina sea ajena a esas querencias y desapegos, no quiere decir que también lo sea su programador<sup>59</sup>; es más, incluso hay quien entiende que los riesgos son superiores, pues sobre el programador no pesa el férreo estatuto que disciplina la actividad de jueces y magistrados, ni tales individuos están sujetos a las causas de abstención y recusación que operan respecto jueces y magistrados<sup>60</sup>. En todo caso, a mi juicio, aun aceptando tales planteamientos, resulta difícil imaginar que en la práctica ese tipo de causas determinantes de la abstención o recusación puedan afectar al programador, precisamente por su vinculación al caso concreto<sup>61</sup>.

11.3.– En fin, la última exigencia constitucional a la que quiero aludir es la relativa a la responsabilidad de jueces y magistrados, algo que proclama el art. 117.1 CE y encuentra su desarrollo en los arts. 405 y ss. LOPJ, apareciendo como corolario de la independencia judicial. Y es que los miembros del poder judicial son independientes y actúan sujetos solamente al imperio de la ley, pero también son responsables de sus actuaciones y decisiones. Así las cosas, surge la duda de quién se responsabilizará de las decisiones proporcionadas por la inteligencia artificial, especialmente en los casos en

<sup>55</sup> NIEVA FENOLL, J., *Inteligencia...*, *op. cit.*, pp. 121 y ss.

<sup>56</sup> BARONA VILAR, S., *Algoritmización...*, *op. cit.*, p. 657.

<sup>57</sup> GÓMEZ COLOMER, J. L., *El juez-robot...*, *op. cit.*, p. 210.

<sup>58</sup> NIEVA FENOLL, J., *Inteligencia...*, *op. cit.*, p. 131.

<sup>59</sup> SAN MIGUEL CASO, C., “Las técnicas...”, *op. cit.*, p. 44; BARONA VILAR, S., *Algoritmización...*, *op. cit.*, p. 658; GÓMEZ COLOMER, J. L., *El juez-robot...*, *op. cit.*, p. 217.

<sup>60</sup> GÓMEZ COLOMER, J. L., *El juez-robot...*, *op. cit.*, p. 212.

<sup>61</sup> NIEVA FENOLL, J., *Inteligencia...*, *op. cit.*, p. 131.

que adopta un rol sustitutivo del juez humano<sup>62</sup>. Una cuestión que enlaza con otra que habrá que resolver también en el futuro como es la de su naturaleza jurídica y el eventual reconocimiento de una personalidad electrónica al robot<sup>63</sup>.

### 2.2.2. Las fricciones con los principios del proceso y del procedimiento

12.– La utilización de mecanismos computacionales que asumen funciones sustitutivas de las encomendadas a jueces y magistrados no solo resulta problemática desde la perspectiva de la conformación constitucional del poder judicial, sino también desde el punto de vista del respeto a los principios del proceso y del procedimiento. Aunque la doctrina ha ofrecido un detenido estudio sobre la cuestión<sup>64</sup>, las principales dudas han surgido en relación con unos aspectos muy concretos, como son los eventuales ataques al principio de contradicción o audiencia, en su vertiente de derecho de defensa, y el mantenimiento o abandono de la oralidad y sus principios consecuencia.

12.1.– En relación con el primero, sabido es que el principio de contradicción o audiencia tiene como significado primigenio que nadie pueda ser condenado sin haber sido previamente oído y vencido en juicio, lo que implica el reconocimiento del derecho de acceso a los materiales de hecho y de derecho que puedan influir en la decisión judicial, con el claro objetivo de poder ejercitar su derecho de defensa. Pues bien, el hermetismo existente alrededor de los algoritmos empleados en la puesta en marcha de este tipo de sistemas computacionales genera la difícil aceptación de su uso sin comprometer el derecho señalado<sup>65</sup>.

12.2.– En cuanto al segundo, la doctrina ha destacado que el entorno virtual se desarrolla mejor con la escritura, pues facilita la labor de la máquina<sup>66</sup>. Ello podría hacer evolucionar el proceso hasta ahora conocido en el que impera la oralidad –y, con ella, la inmediación, concentración, celeridad y publicidad– hacia un universo completamente distinto en el que reinase la escritura, así como sus principios consecuencia –mediación, dispersión, preclusión y secreto–. Sin embargo, yo no creo que este panorama constituya una consecuencia inevitable de la incorporación de la inteligencia artificial, pues cabe imaginar aplicaciones en las que la oralidad siga teniendo un rol prevalente, con inde-

---

<sup>62</sup> Al respecto, *vid.* BARONA VILAR, S., *Algoritmización...*, *op. cit.*, pp. 388 y ss.; GÓMEZ COLOMER, J. L., *El juez-robot...*, *op. cit.*, pp. 283 y ss.

<sup>63</sup> El tema aparece ampliamente tratado por GÓMEZ COLOMER, J. L., *El juez-robot...*, *op. cit.*, pp. 228 y ss., a quien me remito, pues recoge las diferentes posturas, así como las oportunas referencias doctrinales que las apoyan.

<sup>64</sup> Por todos, BARONA VILAR, S., *Algoritmización...*, *op. cit.*, pp. 390 y ss.

<sup>65</sup> Al respecto, NIEVA FENOLL, J., *Inteligencia...*, *op. cit.*, p. 139; SAN MIGUEL CASO, C., “Las técnicas...”, *op. cit.*, p. 44; BARONA VILAR, S., *Algoritmización...*, *op. cit.*, p. 408; GÓMEZ COLOMER, J. L., *El juez-robot...*, *op. cit.*, p. 170.

<sup>66</sup> NIEVA FENOLL, J., *Inteligencia...*, *op. cit.*, p. 31.

pendencia de que para ciertos aspectos puedan apoyarse en la escritura. En este sentido, no se olvide que los principios del procedimiento nunca se presentan de un modo absoluto, sino que se plantean como un predominio, pudiendo quedar preservada la oralidad si las principales actuaciones procesales se mantienen fieles al principio en cuestión. Por lo demás, un cambio que fuese más lejos, también exigiría una modificación constitucional, dada la relevancia que el art. 120 CE asigna a la oralidad.

13.– El tratamiento cada vez más detallado ofrecido por la doctrina procesalista a esta temática contrasta con la atención dispensada a la cuestión desde la perspectiva del proceso laboral.

13.1.– Así, aunque los laboristas han abordado el tema de la inteligencia artificial en el ámbito de las relaciones laborales<sup>67</sup>, no se han detenido en analizar las aristas que presenta la incorporación de estos sistemas en el proceso. Ciertamente, en este espacio específico, una gran parte de las cuestiones problemáticas pertenecen a la órbita de estudio de la teoría general del proceso y otras presentan caracteres comunes con las que se suscitan en otros ámbitos de la disciplina, como, por ejemplo, las decisiones automatizadas emanadas de la Inspección de Trabajo y que sí han sido objeto de estudio.

13.2.– Aun así, no deja de resultar curioso, pues, precisamente, el primer programa piloto que existe en nuestro país se desarrolla en el terreno laboral. En efecto, ya entre las medidas incluidas en el plan de choque de 16 de junio de 2020 elaborado por el CGPJ se encontraba una, la 6.35, relativa a la «automatización y estereotipación de resoluciones habituales»; y, además, aparecía en el bloque de medidas organizativas y procesales, afectantes específicamente al orden social<sup>68</sup>. Así las cosas, el Acuerdo 7-8 de la Comisión Permanente del CGPJ de 10 de septiembre de 2020 aprobó la constitución de un grupo de trabajo encargado de elaborar la herramienta informática de modelos estereotipados de resoluciones jurisdiccionales en el orden social que permitiría satisfacer el objetivo propuesto en la medida 6.35 del Plan de choque<sup>69</sup>. El resultado son 94 modelos puestos a disposición del alumnado de la escuela judicial, los jueces en prácticas y

---

<sup>67</sup> Al respecto, *vid.* MERCADER UGUINA, J., *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y de la robótica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017; MERCADER UGUINA, J., *Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

<sup>68</sup> En efecto, se trata de la medida 6.35, que aparece en el Bloque 1 –medidas organizativas y procesales–, apartado B –medidas gubernativas/organizativas a impulsar por el CGPJ–, bloque 6 –bloque social–, y puede verse en la p. 8 del documento facilitado por el CGPJ, disponible en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Oficina-de-Comunicacion/Archivo-de-notas-de-prensa/El-Pleno-del-organo-de-gobierno-de-los-jueces-aprueba-el-plan-de-choque-del-CGPJ-para-la-reactivacion-tras-el-estado-de-alarma>, última consulta 18 de septiembre de 2023.

<sup>69</sup> El contenido del acuerdo está disponible en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Servicios/Acuerdos-del-CGPJ/Acuerdos-de-la-Comision-Permanente/Acuerdos-de-la-Comision-Permanente-del-CGPJ-de-10-de-septiembre-de-2020>, última consulta 18 de septiembre de 2023.

los miembros de la carrera judicial a quienes se proporciona una herramienta informática de marcado carácter asistencial en la que encuentran una ayuda de gran valor para el desarrollo de sus cometidos. Así, si un miembro de la carrera judicial debe dictar una sentencia de despido por primera vez, tras seleccionar el tipo y subtipo de despido de que se trate, la aplicación le proporciona un modelo de sentencia, una estructura de la misma con el contenido que debe figurar como los hechos necesarios, las normas aplicables, la jurisprudencia relacionada con el caso, y los aspectos que deben aparecer en el fallo, que luego el usuario personaliza, rellenando, a partir del modelo proporcionado, los datos de hecho concretos y pudiendo añadir su propia fundamentación y, por supuesto, el fallo, ya que el modelo, obviamente, no es obligado ni vinculante<sup>70</sup>.

### 2.3. La incidencia del RDL 6/2023, de 19 de diciembre

14.— En este contexto, las previsiones presentes en el RDL 6/2023, de 19 de diciembre, sobre estas cuestiones son mucho más comedidas y contenidas de lo que inicialmente pudiera imaginarse. Y es que, no se trata -o, al menos, no en este momento- de la sustitución del juez por una inteligencia artificial, pero sí de su incorporación con distintos grados posibles de incidencia. Así, la reforma piensa en una inteligencia artificial que pueda proporcionar al juez una evaluación previa, facilitar la toma de decisiones o, incluso, llegar a ayudar en la adopción de las mismas. En efecto, el RDL 6/2023 destina el título III de su Libro primero (arts. 31 y ss.) a la «tramitación electrónica de los procedimientos judiciales»; una tramitación que, además, está «orientada al dato», según detallan los arts. 35 y ss., siendo uno de los aspectos destacados en la exposición de motivos el relativo a las «actuaciones automatizadas, proactivas y asistidas», que se regulan en los arts. 56 a 58 RDL.

14.1.— De entrada, por lo que respecta a las actuaciones automatizadas, éstas se definen por la norma como actuaciones procesales que ha producido un sistema de información adecuadamente programado sin necesidad de que intervenga una persona en cada caso singular. La norma prevé su uso en relación con las tareas repetitivas y automatizables que no requieren de interpretación jurídica como puede ser el numerado de expedientes, la remisión asuntos al archivo, la generación de copias, la comprobación de la representación o de la firmeza. Así, ciertas tareas que antaño exigían leer el dato, procesarlo y, finalmente, ejecutar la tarea, la orientación al dato permite hacerlas de forma automática. En este sentido, piénsese, por ejemplo, en el cálculo de un plazo o en el de las indemnizaciones tasadas. En todo caso, la norma se preocupa por el hecho de que estas actuaciones se puedan identificar como tales, trazar y justificar, así como por posibilitar que se puedan realizar de modo no automático e, incluso, deshabilitar, revertir o dejar sin efecto las realizadas.

---

<sup>70</sup> MARTÍNEZ MOYA, J., “La posición del Consejo General del Poder Judicial ante las reformas normativas que afectan al orden jurisdiccional social”, *Cuadernos Digitales de Formación*, nº 38, 2021, p. 66.

14.2.— Las actuaciones proactivas, por su parte, constituyen también actuaciones automatizadas, pero que permiten aprovechar la información incorporada en un expediente o procedimiento de una administración pública con un fin determinado para generar avisos o efectos directos a otros fines distintos, en el mismo o en otros expedientes, de la misma u otra administración. Así sucede, por ejemplo, con las notificaciones o avisos automáticos. Por lo demás, las posibilidades antes mencionadas relativas a que estas actuaciones se puedan identificar como tales, trazar y justificar, así como permitir su realización de modo no automático e, incluso, deshabilitar, revertir o dejar sin efecto las realizadas, también se prevén respecto las actuaciones proactivas.

14.3.— En fin, las actuaciones asistidas generan un borrador total o parcial del texto que sirve de apoyo a las tareas del personal jurisdiccional, fiscalía o de los LAJ. Ese documento «complejo», basado en datos, puede ser producido por algoritmos y servir de apoyo o fundamento a una resolución judicial o procesal, pero en ningún caso constituye la resolución mientras no se valide por la autoridad competente, en el ámbito de sus competencias y bajo su responsabilidad. Así pues, aquí tales sujetos mantienen el pleno control sobre la decisión, debiendo los sistemas asegurar que el borrador documental solo se genere a voluntad del usuario y pueda ser libre y enteramente modificado. En este sentido, el art. 57.3 insiste en dicha idea al exigir que la constitución de la resolución no solo sea validada por la autoridad competente, sino que además requiere la identificación, autenticación o firma electrónica que en cada caso prevea la ley.

15.— Por lo demás, en todas estas actuaciones (sean automatizadas, proactivas o asistidas), el art. 58 del RDL impone, como garantía clave, la necesidad de que los criterios de decisión empleados sean públicos y objetivos; en cambio, un aspecto que no se aborda es el relativo a la actuación que debe desarrollar el titular del órgano jurisdiccional cuando se aparta de la propuesta proporcionada por la inteligencia artificial, lo que abre un interesante espacio para la reflexión futura: ¿se le exigirá un plus argumental que justifique esa separación?; ¿constituirá un motivo para formular un eventual recurso?; ¿o simplemente favorecerá un mayor esfuerzo por parte de los responsables de impartir justicia sabedores de que su solución es diferente de la propuesta por el programa? El tiempo nos sacará de dudas; o nos las incrementará.

### **3. Algunas reflexiones finales**

16.— El análisis desarrollado en páginas anteriores permite comprobar que la digitalización de la justicia ha experimentado unos avances importantes que la pandemia no hizo más que acelerar. En efecto, seguramente si nos cuestionásemos en el vacío por el «estado digital» de nuestra jurisdicción la respuesta sería dubitativa o, incluso, no saldría muy bien parada. No obstante, cuando se observan los avances experimentados de

una manera conjunta y condensada, la percepción cambia. Así, desde las tímidas previsiones existentes en los años ochenta y noventa hasta los cambios que aventuraban los proyectos de ley de eficiencia procesal y de eficiencia digital, materializados parcialmente en el RDL 6/2023, la evolución ascendente resulta más que notoria. Estos avances, por otra parte, repercuten en una mejora o actualización del derecho a la tutela judicial efectiva, singularmente, en su faceta de derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Con todo, la digitalización tan solo constituye una pieza importante para modernizar la justicia y facilitar a los ciudadanos el ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, pero no es la solución de todos los males que a aquella aquejan, ni su piedra filosofal.

17.— En efecto, de entrada, la digitalización de la justicia requiere de avances tecnológicos y de su perfeccionamiento, de manera singular, en todo lo relacionado con la seguridad del sistema, la identificación, la verificación, la compatibilidad y la interoperabilidad. Ello exige, de manera derivada, una importante inversión económica y formativa, pero no solo en la administración de justicia, sino también en los ciudadanos, asegurando la universalidad del acceso al proceso digital, así como garantizando la superación de la eventual brecha digital, la alfabetización digital, la eliminación de desigualdades o la exclusión de cualquier colectivo<sup>71</sup>.

17.1.— Esta preocupación por evitar la brecha digital no era ajena a la LUTICAJ, como corroboraban las previsiones contenidas en su art. 5, en el que se instaba a las Administraciones competentes a que habilitasen los canales o medios necesarios para la prestación de los servicios electrónicos, asegurando en todo caso el acceso a los mismos de todos los ciudadanos, con independencia de sus circunstancias personales, medios o conocimientos, en la forma que estimasen adecuadas. A pesar de la amplitud de reconocimiento otorgada, lo cual podría desdibujar el compromiso, el párrafo segundo fijaba unos mínimos a cubrir entre los que destacan la asistencia y orientación al ciudadano que comparece y actúa sin representación y asistencia técnica, puntos de acceso electrónicos, servicios de atención telefónica o puntos de información electrónica.

17.2.— Asimismo, algo de ello había en la normativa de urgencia dictada durante la pandemia con alcance general, concretamente, en el art. 14.5 de la Ley 3/2020. El proyecto de Ley de Eficiencia Digital discurría por dicha senda ampliando los derechos reconocidos en la LUTICAJ y que podrían permitir luchar contra la brecha digital, lo que finalmente ha recogido el RDL 6/2023, de 19 de diciembre, en su art. 5.

---

<sup>71</sup> TUSET VARELA, D. “Proceso 2.0...”, *op. cit.*, p. 7/9; en esta línea, CERNADA BADÍA, R., “Lexnet...”, *op. cit.*, p. 421; DELGADO MARTÍN, J., “Tecnología...”, *op. cit.*, pp. 9-10/12; GASCÓN INCHAUSTI, F., “¿Han venido...?”, *op. cit.*, p. 389.

18.— Por otra parte, existen otros caminos «no alternativos», sino concurrentes que deben coadyuvar a la mejora del sistema y a la consecución de un proceso sin dilaciones indebidas; en otras palabras, la «descongestión» no se alcanza solo por la vía tecnológica y con el incremento de efectivos. En este sentido, otra pieza relevante puede ser la del impulso a los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos o, en terminología actualizada, los mecanismos/medios adecuados para la solución de controversias (MASC).

18.1.— La doctrina científica, habitualmente, ha destacado que el recurso a los medios alternativos constituye un revulsivo a la excesiva judicialización que presenta nuestro sistema de relaciones laborales<sup>72</sup>. Así, esta sobreutilización de la vía judicial generaría una sobrecarga de trabajo en los órganos jurisdiccionales y, por ende, una ralentización en la administración de justicia, para lo que los mecanismos extrajudiciales podrían servir como instrumento paliativo de dicha situación<sup>73</sup>. Por ello, no es de extrañar el impulso que se ha dado a los mismos, no solo en la «galaxia» laboral, sino en el «universo» jurídico en general.

18.2.— El desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación que hemos experimentado en las últimas décadas también ha dejado sentir sus consecuencias en el terreno de los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos los cuales, a su través, han iniciado un último paso evolutivo. Así, gracias a los avances tecnológicos, se han abierto paso una serie de procedimientos donde resulta posible la realización de las distintas actuaciones a distancia, por lo que en la cultura sajona se acuñó la denominación de «ODR» (*on line dispute resolution*), precisamente, para dar cuenta de esa idea.

19.— La incorporación de las nuevas tecnologías en este ámbito, al igual que en el proceso judicial, se puede producir con diferentes grados de intensidad, si bien la doctrina destaca cómo en el terreno de los procedimientos extrajudiciales resulta más visible y se encuentra materializada en un mayor grado<sup>74</sup>.

19.1.— En todo caso, como decía, las posibles utilidades son las mismas, aunque la problemática subyacente no sea del todo coincidente, y vienen a responder a los

---

<sup>72</sup> En este sentido, entre otros, CRUZ VILLALÓN, J., “Constitución y proceso de trabajo”, *Revista Española Derecho del Trabajo*, nº 38, 1989, p. 217; SALA FRANCO, T.; ALFONSO MELLADO, C. L., *Los procedimientos extrajudiciales de solución de los conflictos laborales establecidos en la negociación colectiva*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 17.

<sup>73</sup> CRUZ VILLALÓN, J., “Constitución...”, *op. cit.*, p. 217, MARCOS FRANCISCO, D., “Reflexiones en torno a los MASC en el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal”, en: BARONA VILAR, S. (Ed.), *Meditaciones sobre mediación (MED+)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 65; BELLIDO PENADÉS, R., “Nuevos impulsos a la mediación y a otros MASC para la resolución de controversias en Derecho privado en Derecho español (A propósito del Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal)”, en: BARONA VILAR, S. (Ed.), *Meditaciones sobre mediación (MED+)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 97; SALINAS MOLINA, F., “Una visión...”, *op. cit.*, p. 40.

<sup>74</sup> GUZMÁN FLUJA, V. C., “Sobre la aplicación...”, *op. cit.*, p. 98.

siguientes niveles<sup>75</sup>. De entrada, en los estadios más sencillos, las nuevas tecnologías favorecen la posibilidad de presentar escritos por vía telemática, la realización de citaciones y comunicaciones de idéntico modo e, incluso, el desarrollo de sesiones a distancia mediante el recurso a las videoconferencias. Así surgieron los primeros procedimientos de mediación y arbitraje en línea con los que se pretendía mayor rapidez y agilidad, así como un menor coste<sup>76</sup>. Estas primeras experiencias hacen uso de las nuevas tecnologías de modo instrumental, pero el papel estelar continúa en manos de una persona<sup>77</sup>. A partir de ahí, un segundo estadio evolutivo se corresponde con aquellos casos en los que se incorpora la inteligencia artificial en el ámbito jurídico gracias a la automatización de razonamientos jurídicos y la aplicación de modelos computacionales de argumentación jurídica<sup>78</sup>, aventurando lo que se ha dado en llamar por la doctrina un salto de las «ODR» a las «i-ODR»<sup>79</sup>. A su vez, el recurso a la inteligencia artificial puede moverse en dos planos diversos: por un lado, el meramente asistencial en entornos ODR, facilitando la elección de mecanismos de solución más apropiado, la elección de la persona que ha de intervenir, orientando a las partes o al titular del órgano, etc.; por otro, su empleo en procedimientos con decisiones plenamente automatizadas.

19.2.– Todo este proceso de incorporación se ha desarrollado de manera paulatina y continúa en estado de desarrollo, si bien ya cuenta con un claro reconocimiento normativo y experiencias al respecto más allá del ámbito laboral. Así, cabe mencionar el Reglamento comunitario 524/2013, del Parlamento y la Comisión, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo, uno de cuyos frutos ha sido la creación de una plataforma para resolver este tipo de conflictos<sup>80</sup>. Igualmente, ya en el ámbito exclusivamente interno, piénsese en la Ley 5/2012, sobre mediación en el ámbito civil y comercial, cuyo art. 24 se destina a las actuaciones desarrolladas por medios electrónicos, las cuales encuentran desarrollo en los arts. 30 a 38 del RD 980/2013, de 13 de diciembre. El ámbito laboral no es ajeno a estas experiencias y la posibilidad de presentar por vía telemática los escritos y la realización de comunicaciones está plenamente asentada. Asimismo, durante la pandemia asistimos a la realización de actuaciones de este tipo por medios telemáticos. Por ello, hay que compartir las propuestas doctrinales que propugnan la conveniencia de dar unos pasos más decididos en la digitalización

---

<sup>75</sup> Al respecto, GUZMÁN FLUJA, V. C., “Sobre la aplicación...”, *op. cit.*, pp. 106 y ss.; MARTÍN DIZ, F. “Justicia digital...”, *op. cit.*, pp. 64 y ss.; BARONA VILAR, S., “La mediación y su espacio en el hábitat de la justicia integral, global, algorítmica: ¿más o menos protagonismo?”, en: BARONA VILAR, S. (Ed.), *Meditaciones...*, *op. cit.*, pp. 41 y 56; MARCOS FRANCISCO, D., “Reflexiones...”, *op. cit.*, pp. 1-41.

<sup>76</sup> BARONA VILAR, S., “La mediación...”, *op. cit.*, p. 41.

<sup>77</sup> GUZMÁN FLUJA, V. C., “Sobre la aplicación...”, *op. cit.*, p. 106.

<sup>78</sup> MARTÍN DIZ, F., “Justicia digital...”, *op. cit.*, p. 63; SOLETO MUÑOZ, H., “Avances, tecnología y ADR en el sistema de justicia. La necesaria revolución de los sistemas de resolución de conflictos”, en: CONDE FUENTES, J.; SERRANO HOYO, G. (Dirs.), *La justicia digital...*, *op. cit.*, pp. 341-353; BARONA VILAR, S., “La mediación...”, *op. cit.*, pp. 56 y ss.

<sup>79</sup> MARTÍN DIZ, F. (2020), “Justicia digital...”, *op. cit.*, p. 64.

<sup>80</sup> Al respecto, HERNÁNDEZ MOURA, B., “La gestión...”, *op. cit.*, pp. 393-401.

de la institución preprocesal, de manera que no se quede solo en la presentación de la papeleta, sino que alcance también a la tramitación y desarrollo de la misma<sup>81</sup>.

20.— En fin, en aras de descongestionar los tribunales, también se ha propuesto la conveniencia de limitar las pretensiones y revisar la imposición de costas<sup>82</sup>, algo siempre más complejo por la dificultad de cohesionarlo con el derecho fundamental consagrado en el art. 24 CE. Con todo, por lo que respecta al orden social, hay algunas acciones cuya adopción podría tener una repercusión positiva en la señalada descongestión judicial.

20.1.— Así, piénsese en la revisión del art. 66 LRJS sobre la imposición de multa por no asistir al intento de conciliación preprocesal y su ampliación hacia los casos en los que resulta temerario no alcanzar un acuerdo en dicha sede, como parece derivarse de la nueva redacción que se ha dado al art. 97.3 LRJS por el RDL 6/2023.

20.2.— En la misma línea, cabe citar la modificación del criterio general de recurribilidad en suplicación basado en la cuantía litigiosa que supere los 3.000 € por el criterio del gravamen, como propuso en su momento el CGPJ y que, sin embargo, no recogió el proyecto de Ley de Eficiencia Procesal, ni tampoco aparece, por desgracia, en el RDL 6/2023.

#### 4. Bibliografía citada

- ABELLÁN ALBERTOS, A., “Actuaciones procesales mediante videoconferencia: cuestiones a tener en cuenta en un juicio telemático civil por un abogado”, *Práctica de Tribunales*, nº 147, 2020, pp. 1-23.
- ALLENDE PÉREZ DE ARCE, J. A., “Tribunales civiles en línea: una propuesta para introducirlos sin afectar el derecho a acceder a la justicia de quienes no están conectados a internet”, *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, vol. 8, nº 1, 2019, pp. 185-206.
- ARENAS RAMIRO, M., “La modernización de la tutela judicial efectiva y el expediente judicial electrónico”, en: GÓMEZ MANRESA, M.<sup>a</sup> F.; FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. (Coords.), *Modernización digital e innovación de la administración de justicia*, Cizur Menor, Thomson-Reuters Aranzadi, 2019, pp. 243-289.
- BARONA VILAR, S., *Algoritmización del derecho y de la justicia. De la Inteligencia Artificial a la Smart Justice*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- BARONA VILAR, S., “La mediación y su espacio en el hábitat de la justicia integral, global, algorítmica: ¿más o menos protagonismo?”, en: BARONA VILAR, S. (Ed.), *Meditaciones sobre mediación (MED+)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 31-61.

<sup>81</sup> PÉREZ GAIPO, J., “El proceso laboral...”, *op. cit.*, pp. 82-83.

<sup>82</sup> MARTINEZ DE SANTOS, A., “La videoconferencia en el juicio civil: ¿un avance o un impulso precipitado?”, *Diario La Ley*, nº 9805, 2021, p. 4, si bien referido al proceso civil.

- BELLIDO PENADÉS, R., “Nuevos impulsos a la mediación y a otros MASC para la resolución de controversias en Derecho privado en Derecho español (A propósito del Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal)”, en: BARONA VILLAR, S. (Ed.), *Meditaciones sobre mediación (MED+)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 97-125.
- BORRÁS ANDRÉS, N., “La verdad y la ficción de la inteligencia artificial en el proceso penal”, en: CONDE FUENTES, J.; SERRANO HOYO, G. (Dirs.), *La justicia digital en España y en la Unión Europea*, Barcelona, Atelier, 2019, pp. 31-39.
- BUENO BENEDÍ, M., “Retos pendientes en el uso de la videoconferencia y otras tecnologías en nuestra administración de justicia”, *Práctica de Tribunales*, nº 159, 2022, pp. 1-22.
- CERDÁ MESEGUER, J. I., “Hacia una administración de justicia plenamente electrónica: disfunciones normativas y jurisprudenciales”, en: GÓMEZ MANRESA, M.<sup>a</sup> F.; FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. (Coords.), *Modernización digital e innovación de la administración de justicia*, Cizur Menor, Thomson-Reuters Aranzadi, 2019, pp. 369-399.
- CERNADA BADÍA, R., “«LexNET» o la selección natural en el foro del siglo XXI”, en: GÓMEZ MANRESA, M.<sup>a</sup> F.; FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. (Coords.), *Modernización digital e innovación de la administración de justicia*, Cizur Menor, Thomson-Reuters Aranzadi, 2019, pp. 401-429.
- CORTÉS ABAD, O., “Justicia digital, abierta e innovadora: hechos y retos”, en: GÓMEZ MANRESA, M.<sup>a</sup> F.; FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. (Coords.), *Modernización digital e innovación de la administración de justicia*, Cizur Menor, Thomson-Reuters Aranzadi, 2019, pp. 291-313.
- CRUZ VILLALÓN, J., “Constitución y proceso de trabajo”, *Revista Española Derecho del Trabajo*, nº 38, 1989, pp. 209-261.
- DE LA CASA QUESADA, S., “Retos del régimen de la prueba en el proceso social y sus recursos, en especial ante la transformación digital”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 474, 2023, pp. 119-150.
- DELGADO MARTÍN, J., “Tecnología para afrontar los efectos de la pandemia sobre la justicia”, *Diario La Ley*, nº 9781, 2021, pp. 1-12 pp.
- ERCILLA GARCÍA, J., “Tribunales virtuales y procedimiento *on line*: solución de contingencia ante pandemias o evolución necesaria,” *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 446, 2020, pp. 109-141.
- FERNÁNDEZ NIETO, L. A., “Los actos de comunicación procesal y el sistema informático de telecomunicaciones Lex Net en la jurisdicción social”, *Diario La ley*, nº 9424, 2019, pp. 1-21.
- GARCÍA COSTA, F. M., “Perfiles constitucionales de la justicia electrónica”, en: GÓMEZ MANRESA, M.<sup>a</sup> F.; FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. (Coords.), *Modernización digital e innovación de la administración de justicia*, Cizur Menor, Thomson-Reuters Aranzadi, 2019, pp. 23-35.

- GARCÍA MURCIA, J., “Las leyes de eficiencia del servicio público de justicia: visión general y posible incidencia en la jurisdicción social”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 474, 2023, pp. 55-83
- GARCÍA-VARELA IGLESIAS, R., “Camino a la intermediación digital en justicia: juicios y actos procesales remotos”, *Diario La Ley*, nº 9873, 2021, pp. 1-13.
- GASCÓN INCHAUSTI, F., “¿Han venido para quedarse las vistas telemáticas?”, *Anuario Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº extraordinario, 2021, pp. 383-401.
- GÓMEZ COLOMER, J. L., *El juez-robot. La independencia judicial en peligro*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.
- GÓMEZ ESTEBAN, J., “Juicios telemáticos en el orden jurisdiccional social ¿utopía transformada en realidad apresurada?”, *Diario La Ley*, nº 9662, 2020, pp. 1-12.
- GONZÁLEZ MALABIA, S., “Las TIC en el nuevo modelo de Justicia”, en: BARONA VILAR, S. (Coord.), *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el actual paradigma de Justicia*, Thomson-Reuters Civitas, 2016, pp. 57-76.
- GUZMÁN FLUJA, V. C., “Sobre la aplicación de la Inteligencia artificial a la solución de conflictos”, en: BARONA VILAR, S. (Coord.), *Justicia Civil y Penal en la era global*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 67-122.
- HERNÁNDEZ MOURA, B., “La gestión digital de conflictos a través de la plataforma europea de resolución de litigios en línea”, en: CONDE FUENTES, J.; SERRANO HOYO, G. (Dirs.), *La justicia digital en España y en la Unión Europea*, Barcelona, Atelier, 2019, pp. 393-401.
- LOZANO GAGO, M.<sup>a</sup> L., “La aportación de pruebas en los juicios civiles telemáticos”, *Práctica de los Tribunales*, nº 147, noviembre, 2020, pp. 1-10.
- MAGRO SERVET, V., “Hacia el uso habitual de las videoconferencias en las vistas judiciales. Aprovechando las enseñanzas del Coronavirus. De la excepción a la regla general del art. 19 RD 16/2020, de 28 de abril”, *Diario La Ley*, nº 9646, 2020, pp. 1-12.
- MAGRO SERVET, V. “¿Pueden los testigos y peritos comparecer on line en una vista civil?”, *Práctica de los Tribunales*, nº 147, 2020, pp. 1-8.
- MARCOS FRANCISCO, D., “Reflexiones en torno a los MASC en el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal”, en: BARONA VILAR, S. (Ed.), *Meditaciones sobre mediación (MED+)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 63-96.
- MARTÍN DIZ, F., “Justicia digital post-covid19: el desafío de las soluciones extrajudiciales electrónicas de litigios y la inteligencia artificial”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, nº 2, 2020, pp. 41-74.
- MARTÍNEZ DE SANTOS, A., “La videoconferencia en el juicio civil: ¿un avance o un impulso precipitado?”, *Diario La Ley*, nº 9805, 2021, pp. 1-12.
- MOLINA NAVARRETE, C., “¿«Nueva modernidad» para una jurisdicción social estancada?: retos en los entornos de una «sociedad digital del trabajo» y justicia «multinivel»”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 474, 2023, pp. 5-22.

- MOYA AMADOR, R., “El proyecto de ley de eficiencia procesal y las reformas previstas en el proceso laboral”, *Trabajo y Derecho*, nº 102, 2023, 30 pp.
- NIEVA FENOLL, J., *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Madrid, Marcial Pons, 2018.
- NORES TORRES, L. E., “Pandemia y reformas procesales: la incidencia del COVID-19 en el proceso laboral”, *Quaderns de Ciències Socials*, nº 44, 2020, pp. 18-37.
- NORES TORRES, L. E., “La justicia laboral ante la COVID-19: reformas procesales en tiempos de pandemia”, *Revista de Dereito do Trabalho e Seguridade Social*, nº 218, 2021, pp. 179-194.
- NORES TORRES, L. E., “El proceso de digitalización en la jurisdicción social: algunos avances y perspectivas”, *Lex Social, revista de los derechos sociales*, vol. 13, nº 2, 2023, pp. 1-30.
- NUEZ RIVERA, S., “Reformas legislativas e incidencia en las leyes orgánicas y en las leyes procesales sociales. Propuestas de reforma”, *Cuadernos Digitales de Formación*, nº 38, 2021, 20 pp.
- PÉREZ GAIPO, J., “El proceso laboral ante la era digital”, en: CONDE FUENTES, J.; SERRANO HOYO, G. (Dirs.), *La justicia digital en España y en la Unión Europea*, Barcelona, Atelier, 2019, pp. 71-83.
- PÉREZ-LUÑO ROBLEDO, E. C., “La informatización de la administración de justicia en España”, en: CONDE FUENTES, J.; SERRANO HOYO, G. (Dirs.), *La justicia digital en España y en la Unión Europea*, Barcelona, Atelier, 2019, pp. 51-60.
- RAYÓN BALLESTEROS, M.<sup>a</sup> C., “Tecnología al servicio del proceso: especial referencia a la celebración de juicios telemáticos”, *Ius et Scientia*, vol 8, nº 1, 2022, pp. 189-199.
- RICHARD GONZÁLEZ, M., “Elogio del juicio oral (presencial) escrito por un profesor partidario del uso de la tecnología en el sistema judicial”, *Diario La Ley*, nº 9654, 2020, pp. 1-9.
- SALA FRANCO, T.; ALFONSO MELLADO, C. L. (1996), *Los procedimientos extrajudiciales de solución de los conflictos laborales establecidos en la negociación colectiva*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.
- SALINAS MOLINA, F., “Una visión general de los desafíos de la jurisdicción social: propuestas de reforma legislativa a partir de la experiencia práctica crítica”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 474, 2023, pp. 25-53.
- SALOM LUCAS, A., “Los juicios telemáticos ¿Ficción o realidad?”, *Revista El Derecho-Lefebvre*, 2021, pp. 1-6.
- SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA, J. M., “La tramitación del proceso social por medios telemáticos y sus problemas”, *Trabajo y Derecho*, nº 12, 2020, pp. 1-31.
- SAN MIGUEL CASO, C., “Las técnicas de predicción judicial y su repercusión en el proceso”, en: CONDE FUENTES, J.; SERRANO HOYO, G. (Dirs.), *La justicia digital en España y en la Unión Europea*, Barcelona, Atelier, 2019, pp. 41-49.
- SOLETO MUÑOZ, H., “Avances, tecnología y ADR en el sistema de justicia. La necesaria revolución de los sistemas de resolución de conflictos”, en: CONDE FUEN-

- TES, J.; SERRANO HOYO, G. (Dirs.), *La justicia digital en España y en la Unión Europea*, Barcelona, Atelier, 2019, pp. 341-353.
- SUSSKIND, R., *Tribunales on line y la justicia del futuro*, Madrid, La Ley-Wolters Kluwer, 2020, (Traducción por GEA Textos S.L. del original en inglés *Online Courts and the future of Justice* publicado en 2019).
- TASCÓN LÓPEZ, R., *Hacia la eficiencia procesal en el orden social de la jurisdicción*, Cizur Menor, Aranzadi, 2023.
- TIERNO BARRIOS, S., “E-justicia y videoconferencia: especial referencia a la cooperación en materia civil”, en: CONDE FUENTES, J.; SERRANO HOYO, G. (Dirs.), *La justicia digital en España y en la Unión Europea*, Barcelona, Atelier, 2019, pp. 115-123.
- TUSET VARELA, D., “Proceso 2.0: video-identificación identidad digital autosoberana y brecha digital”, *Diario La Ley*, nº 9671, 2020, pp. 1-9.
- VALERO CANALES, A. L., “Consideraciones procesales del expediente judicial electrónico”, en: GÓMEZ MANRESA, M.<sup>a</sup> F.; FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. (Coords.), *Modernización digital e innovación de la administración de justicia*, Cizur Menos, Thomson-Reuters Aranzadi, 2019, pp. 343-367.
- VÉLEZ TORO, A. J., “La normalización de una justicia de excepción”, *Diario La Ley*, nº 9779, 2021, pp. 1-15.

# Sobre la posibilidad de celebrar actuaciones procesales digitales (en particular las vistas) en el orden social de la jurisdicción tras los últimos vaivenes normativos

About the possibility of celebrating digital procedural acts (especially trials) in the social jurisdiction after the latest regulatory changes

Rodrigo Tascón López

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

ORCID ID: 0000-0003-3136-5048

doi: 10.20318/labos.2024.8405

*Resumen:* En la actualidad, el Orden Social de la Jurisdicción padece una situación que dista mucho de ser la ideal, con retrasos que a fuer de excesivos resultan injustificados, con riesgo de acabar por lesionar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, como ha tenido que declarar el máximo intérprete de la Constitución. Frente a esta situación, y junto con otras soluciones posibles (de forma señera, la mayor dotación de medios materiales y humanos), la tecnología se presenta como un bálsamo de fierabrás, potencial remedio que puede ofrecer soluciones para (casi) todos los males que sufren los tribunales laborales.

En concreto, el presente ensayo plantea para el debate si la celebración de actuaciones procesales digitales (en especial, aun cuando no solo, las vistas) podría contribuir a mejorar el desenvolvimiento (y la celeridad) de los Tribunales laborales, llegando a una conclusión afirmativa, aun cuando matizada, especialmente a la vista de las últimas reformas habidas en materia procesal.

*Palabras clave:* Orden Social de la Jurisdicción; digitalización de la justicia; tribunales laborales; vistas digitales.

*Abstract:* Currently, the Social Order of the Jurisdiction suffers from a situation that is far from ideal, with excessive and probably unjustified delays, with the risk of ending up harming the fundamental right to effective judicial protection, as it has been declared for the highest interpreter of the constitution.

---

Esta contribución, además de a la generosa invitación de los organizadores del Foro de Labos, responde al desarrollo del Proyecto de Investigación PID2021-122631OB-C21, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación Generación del Conocimiento: investigación orientada, titulado “La inclusión social a través de la renovación de elementos de estructura, relación y contenido en la negociación colectiva”, cuyo Investigador Principal el Prof. Dr. Juan José Fernández Domínguez.

Faced with this situation, and together with other possible solutions (most notably, the greater provision of material and human resources), technology is presented as a balm of “fierabrás”, a potential remedy for (almost) all the problems suffered by labor courts.

Specifically, this essay raises for debate whether the holding of digital procedural actions (especially, but not only, trials) could contribute to improving the development of the Labor Courts, reaching an affirmative conclusion, although nuanced.

*Keywords:* Social Order of Jurisdiction; digitization of justice; labor courts; digital trials.

## 1. La insoportable levedad de la tutela dispensada por los tribunales laborales en la actualidad

En unas Jornadas celebradas hace poco más de un año en la Universidad de León, reflexionaba el Magistrado Martínez Illade –tantos años Profesor asociado cuando era titular de uno de los Juzgados de lo Social de León y hoy Magistrado del TSJ Castilla y León, en su sede de Valladolid– sobre la extrañeza que le producía (verdadero estupor compartido por todos) que hace alrededor de 40 años, cuando tomó su primer destino en Ponferrada, en una época convulsa socialmente (tiempo de reconversión en zona minera) y ayuna aún la Administración de Justicia de ayuda informática de cualquier clase, se dictaban las sentencias en aproximadamente tres meses desde la presentación de la demanda. El contraste con lo que ocurre hoy, la era de la tecnología aplicada a la Justicia, en la que hay algunas sedes absolutamente colapsadas citando para la celebración del acto del juicio para 2026, es realmente tan descorazonador como difícil de explicar<sup>1</sup>.

Intentar hacerlo exige dar cuenta de la “crónica de un colapso anunciado”, por parafrasear al Colombiano universal, indagando y describiendo cómo se ha llegado a esta situación. Desde luego, la norma rituarial social vigente, del año 2011, es muy completa y técnicamente rigurosa. Podría mejorarse, como cualquier quehacer humano, pero no han de buscarse ahí, al menos a juicio de quien esto escribe (y, sobre todo, al de algunos reputados juristas a los que ha de remitirse a lo largo del presente discurso), los orígenes del problema que padece hoy el orden social.

Cuando el legislador optó por elaborar una nueva norma de ritos social, la Ley 36/2011, reguladora de la Jurisdicción Social, articuló una norma que, si no revolucionaria, sí al menos fue lo suficientemente completa y profunda para conseguir la mejora técnica que la realidad social requería. Como bien es sabido, entre otras cosas porque lo declara expresamente su propia exposición de motivos, esta norma trató de lograr 2 grandes objetivos<sup>2</sup>:

<sup>1</sup> MARTÍNEZ ILLADE, J.M.: “Una visión desde la magistratura de las reformas del Orden Social por la Ley de Eficiencia Procesal”, en la Jornada de Estudio sobre Orden Social de la Jurisdicción y Eficiencia Procesal, León, noviembre 2022.

<sup>2</sup> *Vid.* Párrafos II y III Preámbulo Ley 36/2011, reguladora de la Jurisdicción Social (BOE 11 de octubre de 2011).

De un lado, una ampliación notable del ámbito competencial del orden social, en el anhelo de ampliar y racionalizar (hasta su pretendida completitud<sup>3</sup>) la materia contenciosa laboral. Ampliación que, en pura dogmática jurídica, resultaba saludable, en tanto que llevaba la competencia de los Tribunales Laborales prácticamente hasta sus fronteras naturales; pero, a la vez, con un reverso peligroso (“de aquellos polvos, estos lodos” cabría afirmar con el siempre certero refranero castellano), sobre todo por no haberse aportado los refuerzos jurisdiccionales necesarios para abordar la carga de trabajo adicional que tal asunción competencial suponía. La advertencia efectuada por la doctrina laboralista, cual profecía de Casandra, no fue entendida ni atendida, y fue el punto de partida de un camino que ha conducido a otro de arribada nada satisfactorio<sup>4</sup>.

En segundo término, el otro gran objetivo pretendido por la nueva norma de ritos social consistió en proceder a una modernización de los cauces procedimentales propios del Orden Social de la Jurisdicción (continuando y profundizando la labor iniciada con la ya mentada Ley 13/2009). En este sentido, las pequeñas y no tan pequeñas modificaciones e innovaciones incorporadas resultan casi innúmeras y ofrecían como resultante final un producto acabado, una norma de ritos rigurosa y completa, que respondía a las necesidades de enjuiciamiento habidas en la rama social del Derecho.

*Item* más, la LRJS continúa siendo una norma rituarial suficientemente completa y técnicamente adecuada para regir con precisión los procesos que en el orden social han de darse; lo era en 2011, cuando fue promulgada y, si bien mejorable (ahí está un campo de labor magnífico para la investigación que puede desempeñar el iuslaboralista) lo sigue siendo en la actualidad<sup>5</sup>.

Y, sin embargo, la situación del Orden Social de la Jurisdicción hoy dista mucho de ser ideal: los retrasos son generalizados, en algunas sedes se puede hablar de verdadero colapso, y el Tribunal Constitucional ha tenido que declarar que tal situación de retraso en procesos “no especialmente complejos” resulta lesiva del derecho fundamental consagrado en el art. 24 CE, para sonrojo del iuslaboralismo<sup>6</sup>.

Y esto, seguramente, sea sólo la punta del *Icerberg*: cuántas personas trabajadoras se estarán aquietando en sus derechos ante el desalentador de un panorama de un proceso largo y tortuoso; cuántas otras se estarán conformando con acuerdos conciliatorios abusivos bajo el manido argumento de que más vale pájaro en mano que ciento volando; conciliaciones que, por cierto y de forma esperpéntica, en algunas sedes, ya ni se llegan a celebrar, porque no da tiempo virtual en los 15 o 30 días que prevé el art. 65 LRJS para

<sup>3</sup> Inevitable la referencia a ALONSO OLEA, M.: *La materia contencioso-laboral. Extensión y límites de la jurisdicción de trabajo*, Sevilla, Mergablum, 1959, págs. 13 y ss.

<sup>4</sup> Memorable releer ahora aquel trabajo de MOLINA NAVARRETE, C.: “Reforma procesal social ¿De la ‘modernización burocrática’ al ‘desbordamiento de la jurisdicción?’”, *RTSS (CEF)*, núm. 345, 2011, págs. 6 y ss.

<sup>5</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Protección de los derechos fundamentales en el proceso social: un enfoque desde la jurisprudencia”, AA.VV.: *Retos de la Jurisdicción Social en los nuevos escenarios de trabajo: balance y perspectivas de futuro. Liber amicorum en homenaje al magistrado D. Fernando Salinas Molina*, Madrid, CEF, 2023, pág. 106 o SALINAS MOLINA, F.: “Una visión general de los desafíos de la jurisdicción social: propuestas de reforma legislativa a partir de una experiencia práctica crítica”, *RTSS (CEF)*, núm. 474, 2023, pág. 23.

<sup>6</sup> STCo 125/2022, de 10 de octubre.

la reactivación del plazo, según se trate de caducidad o prescripción: los héroes clásicos siguen paseando una y otra vez delante de los espejos cóncavos del callejón del gato.

Las razones que han llevado a esta lamentable situación son, sin duda, muy variadas (sobrecarga de trabajo derivada, en parte, del incremento competencial antes aludido; exceso de litigiosidad, favorecida por algunas instituciones del proceso social, como la gratuidad de la instancia y la ausencia de costas; ineficacia de los medios de solución de conflictos; huelgas del personal de la Administración de Justicia<sup>7</sup>; notable crisis institucional), y han terminado por provocar esta “insoportable levedad” –si se permite tomar la expresión del genial escritor checo recientemente fallecido–, de la tutela judicial dispensada por los tribunales del Orden Social<sup>8</sup>.

En fin, en un tan poco halagüeño contexto, era poco menos que inevitable que acaeciera una reacción en busca de la reforma. En este sentido, procede recordar que ya en el 2020, tras el estado de alarma (y las contundentes medidas de urgencia adoptadas por el RD 16/2020, primero, y la subsiguiente Ley 3/2020, después), el CGPJ abrió un debate en el que participaron diversas instituciones y entidades cuyos resultados se recogen en el documento titulado “*Medidas organizativas y procesales para el plan de choque en la administración de justicia tras el estado de alarma*”, que para el Orden Social proponía un buen puñado de medidas –casi todas ellas lamentablemente olvidadas en las iniciativas legislativas posteriores<sup>9</sup>– para la mejora de su funcionamiento<sup>10</sup>.

En la legislatura anterior se inició un paquete de reformas procesales que se vieron frustradas por el fin abrupto de la legislatura, gestada por el legislador en las conocidas como leyes de eficiencia, dentro del Plan Justicia 2030 y en el marco del Plan de transformación, recuperación y resiliencia, con el inevitable objetivo de lograr una mejora integral del funcionamiento de la Administración de Justicia en España, a través de un conjunto de hasta tres proyectos de normas con rango de ley que tuvieron una tramitación parlamentaria más o menos simultánea y, sin duda, azarosa, hasta el punto de que, como ya había previsto quien se detuvo en el estudio del particular<sup>11</sup>, no pudieron ver la luz tras el abrupto fin de la anterior legislatura; a saber:

---

<sup>7</sup> MOLINA NAVARRETE, C.: “Retos de la jurisdicción social en la nueva sociedad del trabajo 5.0: claves para una necesaria nueva modernización”, AA.VV.: *Retos de la Jurisdicción Social en los nuevos escenarios de trabajo: balance y perspectivas de futuro. Liber amicorum en homenaje al magistrado D. Fernando Salinas Molina*, Madrid, CEF, 2023, pág. 15.

<sup>8</sup> TASCÓN LÓPEZ, R.: *Hacia la eficiencia procesal en el Orden Social de la Jurisdicción*, Pamplona, Aranzadi, 2023, págs. 24 y ss.

<sup>9</sup> Queja amarga de MARTÍNEZ MOYA, J.: “La posición del Consejo General del Poder Judicial ante las reformas normativas que afectan al Orden Jurisdiccional Social”, en AA.VV. (SALINAS MOLINA, F., Dir.): *Sobre propuestas de reforma de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Cuadernos monográficos de formación. Núm. 38*, Madrid, CGPJ, 2021, págs. 57 y ss.

<sup>10</sup> ESTEVE SEGARRA, A.: “El plan de choque del Consejo General del Poder Judicial: ¿una solución al desuso del procedimiento monitorio laboral?”, en AA.VV. (NORES TORRES, E., Coord.): *Problemas actuales del proceso laboral. Homenaje al Prof. José M<sup>a</sup>. Goerlich Peset con ocasión de sus 25 años como catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, págs. 403 y ss.

<sup>11</sup> GARCÍA MURCIA, J.: “Las Leyes de eficiencia del servicio público de Justicia: visión general y posible incidencia en la Jurisdicción Social”, *RTSS (CEF)*, núm. 474, 2023, págs. 59 y ss.

- I. En primer lugar, el Proyecto de Ley Orgánica de Eficiencia Organizativa del Servicio Público de Justicia, que, por cuanto ahora importa, dejaba la duda de saber si los Tribunales (colegiados) de Instancia hubieran encontrado aplicación en la Jurisdicción Social, algo que no imponía –pero posibilitaba– la norma *non nata*, y que hubiera supuesto un giro copernicano en la hasta ahora unipersonal instancia laboral<sup>12</sup>.
- II. En segundo término, el proyecto de Ley de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia, dirigida a potenciar y acelerar la transformación digital de la Justicia, lo que podía encontrar aplicación en el Orden Social, sobre todo, como reflejo supletorio de los cambios operados en la norma de ritos común.
- III. En tercer lugar, en fin, la que diseñaba un conjunto de cambios más numeroso y profundo en el tenor de la norma rituarial social), el Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia. El conjunto de reformas previstas para la LJRS era verdaderamente abultado. En algunos casos, se podía tratar de cuestiones más de detalle; en otros, de cambios más profundos<sup>13</sup>.

Todos, en general, resultaban interesantes y la doctrina confiaba en que –si la legislatura recién estrenada transcurriera con un mínimo de normalidad– fueran retomadas por el legislador, añadiéndose algunas otras medidas que se habían ido proponiendo a lo largo de los últimos años<sup>14</sup> y que, humildemente, quien esto escribe había tratado de ovillar recientemente para elaborar con ellos un hilo de Ariadna que pudiera servir de ayuda en este intrincado laberinto en el que se ha convertido el Orden Social de la Jurisdicción<sup>15</sup>.

El ejecutivo sorprendió a todos en un alarde más de legiferancia y, mediante el RD 6/2023, de 19 de diciembre, aprobó con rango de Ley y, se supone, que por razones de extraordinaria y urgente necesidad (parece que más vinculadas a la necesidad de librar nuevos fondos europeos que a la mejora del servicio de Justicia) una norma (intitulada como *por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo*), en la que realizaba un “remix” (si se permite la expresión) de los anteriores Proyectos de Ley de Eficiencia digital y procesal del servicio públicos de Justicia,

<sup>12</sup> MOLINA NAVARRETE, C.: “¿Nueva modernidad para una jurisdicción social estancada?: retos en los entornos de una sociedad digital del trabajo y justicia multinivel”, *RTSS (CEF)*, núm. 474, 2023, pág. 14.

<sup>13</sup> Un repaso sistemático a las reformas previstas por el PLMEP para el Orden Social de la Jurisdicción en, entre otros, SALINAS MOLINA, F.: “Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal: ámbito social”, *Jurisdicción Social*, núm. 234, junio, 2022, pág. 25 o MOYA AMADOR, R.: “El Proyecto de Ley de Eficiencia Procesal y las reformas previstas en el Proceso Laboral”, *Trabajo y Derecho*, núm. 102, 2023, págs. 5 y ss.

<sup>14</sup> Un análisis sistemático imprescindible, desde la experiencia práctica, en SALINAS MOLINA, F.: “Una visión general de los desafíos de la jurisdicción social: propuestas de reforma legislativa a partir de una experiencia práctica crítica”, en AA.VV.: *Retos de la jurisdicción social en los nuevos escenarios del trabajo: balance y perspectivas de futuro. Liber amicorum en homenaje al magistrado D. Fernando Salinas Molina*, Madrid, CEF, 2023, págs. 397 y ss.

<sup>15</sup> Elaborando hasta quince propuestas de reforma concreta, TASCÓN LÓPEZ, R.: *Hacia la eficiencia procesal en el Orden Social de la Jurisdicción*, cit., págs. 146 y ss.

con algunos ajustes (mínimos y necesarios) y ciertos olvidos, pretericiones que, al menos por cuanto hace al Orden Social de la Jurisdicción, no quedan debidamente justificados.

Antes de entrar en su análisis (limitado a los efectos del objeto del presente ensayo), procede efectuar unas consideraciones generales, probablemente innecesarias, por obvias, pero que conviene tener presente como brújula en cualquier reflexión adicional que se efectúe sobre el particular: de un lado, que los problemas del orden social no se arreglan exclusivamente con reformas normativas. Estas son necesarias, y agilizarán un tanto el proceso; pero no serán el remedio a todos sus males. Entre otras cosas, porque la norma vigente ya era (y es) muy completa técnicamente. De hecho, las reformas previstas en las Leyes de eficiencia y ahora aprobadas por RD no eran revolucionarias, ni van a suponer un cambio sistémico; mejorarán, quizá, el desenvolvimiento práctico de algunos aspectos y agilizarán algo el proceso. Pero en modo alguno resolverían el abultado retraso experimentado en el foro.

Un intento de solución realista y sincero exige dotar a este especializado Orden jurisdiccional de más medios materiales y humanos. La planta del Orden Social está infradimensionada. Hacen falta (muchos) más juzgados de lo Social. En España ahora mismo hay 368 Juzgados de lo Social que se revelan a todas luces insuficientes, habiéndose estimado que, al menos, sería necesaria la dotación de otros 32 órganos unipersonales de instancia<sup>16</sup>.

De otro lado, que la litigiosidad que padece el Orden Social es excesiva, y hay que tratar de ponerla remedio de algún modo: bien potenciando los sistemas de solución extrajudicial de conflictos, caracterizados hoy por su habitual ineficacia, donde la negociación colectiva ha de jugar un papel más intenso de cuanto hasta ahora ha desempeñado<sup>17</sup>; bien recurriendo a otros mecanismos antaño impensables, pero hogaño quizá necesarios, como incorporar la condena en costas en el orden social o, al menos, facilitar el uso decidido de la multa por temeridad o mala fe (art. 74 LRJS).

En fin, una tercera y última reflexión (causa próxima del presente ensayo), que resulta necesario intentar optimizar el uso de las nuevas tecnologías en el contexto procesal en general y, por cuanto ahora importa, en el Orden Social de la jurisdicción, pues su uso puede redundar en un mejor aprovechamiento de recursos y, en paralelo, en una mayor celeridad de actuaciones.

---

<sup>16</sup> El propio CGPJ ha advertido de la necesidad de crear hasta 32 nuevos Juzgados de lo Social por los lugares más necesitados de la geografía patria (aquellos en los que el tiempo de respuesta judicial en la instancia es superior a un año) y, al tiempo, urge a los Tribunales de Justicia a tratar de dotar sistemas de refuerzo hasta que tal provisión sea llevada a cabo, *Acuerdo de la Comisión Permanente del CGPJ de 22 de diciembre de 2022*.

<sup>17</sup> Sobre esta idea han insistido, en los últimos tiempos, MARTÍN VALVERDE, A.: “Medios no judiciales de solución de conflictos laborales”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 123, 2016, págs. 15 y ss.; MOLINA NAVARRETE, C.: “Procedimientos autonómicos de solución extrajudicial de conflictos: balance de convergencias y divergencias 30 años después”, *Temas Laborales*, núm. 154, 2020, págs. 79 y ss.; ARESTEY SAHÚN, M.L.: “Medidas alternativas de solución de conflictos laborales: estado de la cuestión y perspectivas de futuro”, en AA.VV.: *Procedimientos alternativos de solución de conflictos. Perspectiva interdisciplinar*, Pamplona, Aranzadi, 2020, págs. 45 y ss. o MIÑARRO YANINI, M.: “El impulso oscilante a los medios de solución extrajudicial de conflictos laborales efectuado en las últimas reformas laborales”, *Actualidad Laboral*, núms. 19/20, 2012, págs. 5 y ss.

Si bien la tecnología no ha de ser vista como la “piedra filosofal”<sup>18</sup> que vaya a convertir en oro todo lo atañadero al desenvolvimiento procesal y en su implementación habrá de partirse de criterios humanistas de respeto a las posiciones subjetivas individuales, la incorporación de todas las potencialidades tecnológicas al proceso (incluida la IA) puede permitir, en el corto plazo, una interconexión de procesos y una mayor agilidad en labores puramente formales que podrían tener un efecto positivo en la burocratizada y a veces decimonónica Administración de Justicia española.

No se trata, al menos no en el corto plazo, de que la IA sustituya al juez o al resto de operadores jurídicos togados, pero sí de que se pueda utilizar para realización de tareas farragosas que hoy en día ralentizan la dinámica procesal, tales como numerado de expedientes, remisión de asuntos al archivo, generación de copias, cálculo automático de plazos o indemnizaciones legales, envío de notificaciones y avisos (en particular, cuando es entre el órgano judicial y un órgano administrativo, especialmente el FOGASA), estereotipación de resoluciones judiciales... lo que, en sentido amplio, el art. 35 del Proyecto de Ley de eficiencia digital llamaba “tramitación electrónica orientada al dato”<sup>19</sup>.

Sin llegar a tanto todavía, el presente ensayo pretende parar mientes en si la aplicación de algunos aspectos tecnológicos que ya existen y están razonablemente generalizados en la vida social podrían coadyuvar a mejorar la situación del Orden Social de la Jurisdicción: en concreto se comenzará por efectuar una breve reflexión sobre la aplicación de la tecnología, con carácter general, a las actuaciones judiciales/procesales, para, a continuación, analizar la viabilidad (técnica y jurídica) de la celebración de las vistas a través de formatos telemáticos.

## 2. La realización de actuaciones procesales infotelemáticas

Junto con las reflexiones generales que se acaban de efectuar, es menester entrar de lleno en materia para hacer una breve reflexión sobre la digitalización de los aspectos procesales ocurrida a partir de los cambios normativos más recientes, dedicando primero una atención general al expediente judicial electrónico; a continuación una breve reflexión sobre las posibilidades de conciliación telemática; y, por último, y con mayor detalle, una reflexión sobre la posibilidad de celebración de las vistas a través de vídeo-conferencia.

### 2.1. El expediente judicial cada vez más electrónico

Como es de sobra conocido, en los últimos años (*rectius*, décadas, pues el proceso está siendo lento y larvado) se han ido generalizando el uso de los medios técnicos en la rea-

<sup>18</sup> NORES TORRES, E.: “El proceso de digitalización en la jurisdicción social: algunos avances y perspectivas”, *Lex Social*, Vol, 13, núm. 2, 2023, págs. 9 y ss.

<sup>19</sup> SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA, J.M.: “La tramitación del proceso social por medios telemáticos y sus problemas”, *Trabajo y Derecho*, núm. 12, 2020, págs. 4 y 22.

lización de determinadas actuaciones procesales, que ha encontrado forma en lo que se ha venido a denominar el Expediente judicial electrónico (EJE), donde las partes pueden (y en muchos casos deben<sup>20</sup>) actuar a través del sistema conocido como LEXNET. Tanto el proyecto de Ley de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia, como el Proyecto de Ley de Eficiencia Procesal iban dirigidos a facilitar el avance en la transformación digital de la Justicia, regulando los servicios digitales accesibles al ciudadano, reforzando la seguridad jurídica en el ámbito digital y orientando al dato los sistemas de Justicia<sup>21</sup>, algo que ha tratado de hacer, de una forma intermedia y quizá poco completa, el RD 6/2023, de 19 de diciembre.

Desde luego, no es ni mucho menos la primera vez que se afronta el reto de incorporar la tecnología a la Administración de Justicia [en una evolución continua cuyo primer hito cabe situar en la LO 16/1994, de 8 de noviembre, que aludió a la utilización de medios “electrónicos e informáticos y telemáticos”; y que ha encontrado algunas de sus más importantes manifestaciones en la LO 13/2003, de 24 de octubre, que recogió por primera vez la posibilidad de utilización de la videoconferencia en el marco del proceso; la Ley 11/2007, de 5 de julio, que establece el marco general de utilización de las tecnologías en el marco de la Administración de Justicia y que encontró desarrollo en el RD 1065/2015, de 27 de noviembre, en el que se regula, entre otras cosas, el sistema Lex Net; la Ley 132/2009, de 3 de noviembre, con la que se implantó la oficina judicial y mediante la cual se incorporó como mecanismo habitual sustitutorio del tradicional acta escrita la grabación de las vistas<sup>22</sup>; la Ley 42/2015, de 5 de octubre, para generalizar la presentación de escritos por medios telemáticos; o, por no seguir, las LO 7/2015, de 21 de julio, y 4/2018, de 28 de diciembre, en el que se aprecia un claro cambio de cariz, en tanto en cuanto la utilización de dichas tecnologías deja de ser una facultad, para convertirse en una obligación], pero sí que parecía un intento serio por conseguir la “inexorable” digitalización de la Justicia<sup>23</sup> a través de un mejor aprovechamiento de

---

<sup>20</sup> El RD 6/2023 no ha implementado la más radical opción de que todos los sujetos actuantes deban llevar a cabo los trámites procesales a través de medios telemáticos. Así, las personas físicas pueden seguir optando por relacionarse con la Administración de Justicia por medios analógicos. Si embargo, las personas jurídicas y los profesionales togados deben hacer uso del sistema LEXNET para llevar a cabo sus actuaciones judiciales.

<sup>21</sup> LLOP CUENCA, M.P.: “Ley de eficiencia digital”, *La Ley*, núm. 9957, 2021, pág. 3.

<sup>22</sup> Cuestión, por cierto, sobre la que ha tenido que pronunciarse recientemente la Sala IV del Tribunal Supremo para indicar que la falta de grabación de la vista no determina *per se* la nulidad de actuaciones, *ex art 238 LOPJ*, aunque sí puede llegar a determinarla si se ha producido efectiva indefensión de alguna de las partes. STS 10 enero 2023 (Rec. UD núm. 4071/2019). Al respecto, un interesante comentario en DE LAMO RUBIO, J.: “Ausencia de vídeo grabación o acta del juicio y nulidad de actuaciones”, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, núm. 6, 2023, págs. 126 y ss.

<sup>23</sup> MARTÍN DIZ, F.: “Justicia digital post-covid: el desafío de las soluciones extrajudiciales electrónicas de litigios y la inteligencia artificial”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, núm. 2, 2020, pág. 2; TUSET VARELA, D.: “Proceso 2.0: vídeo-identificación, identidad digital soberana y brecha digital”, *La Ley*, núm. 9761, 2020, págs. 2 y ss. o VÉLEZ TORO, A.J.: “La normalización de una justicia de excepción”, *La Ley*, num. 9779, 2021, págs. 2 y ss.

las herramientas tecnológicas que redundara en una mejora sustancial en términos de celeridad, eficacia y eficiencia<sup>24</sup>.

Sea como fuere, la Disposición Final Sexta del mentado Proyecto de Ley de Eficiencia Digital contemplaba una serie (no excesivamente larga) de modificaciones de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social<sup>25</sup>, destinadas fundamentalmente a hacerla casar con las modificaciones (más amplias y profundas) incorporadas a otras normas procesales, en particular a la Ley de Enjuiciamiento Civil que, como bien sabe el lector, resulta de aplicación supletoria al Orden Social de la Jurisdicción, y este efecto supletorio era, con toda seguridad, el mayor impacto que iba a proyectarse sobre la actuación de los Tribunales Laborales<sup>26</sup>.

Por otro lado, el también frustrado Proyecto de Ley de medidas de eficiencia Procesal contemplaba numerosas referencias a la digitalización de actuaciones procesales, principalmente para hacer más operativo el sistema y tratar de adaptarlo a los parámetros generales contemplados en la LEC.

El RD 6/20023 ha efectuado un extraño cocktail en el que ha tomado algunas de aquellas medidas incorporadas a los dos Proyectos de Ley de eficiencia (digital y procesal) mencionados, olvidando otros que también podrían haber sido interesantes, lo que ha generado cierta desazón en el intérprete específico desde la óptica procesal laboral y la impresión de haberse quedado “a medias” en algunos aspectos, aunque, en concreto, la apuesta por la utilización de la tecnología en sede procesal se ha mantenido de forma contundente.

---

<sup>24</sup> Evidentemente, la aplicación de la tecnología puede suponer importantes mejoras en la dinámica de funcionamiento de la Administración de Justicia. Desde ahorro de costes y desplazamientos, hasta una mayor precisión y celeridad en la realización de actuaciones judiciales. Todo este proceso ha de desarrollarse, empero, sin menoscabo de las garantías básicas que han de regir un proceso judicial, ínsitas al derecho fundamental recogido en el art. 24 CE. NORES TORRES, E.: “El proceso de digitalización en la jurisdicción social: algunos avances y perspectivas”, cit., págs. 9 y ss.

Por lo demás, las posibilidades de incorporación de la Inteligencia artificial al ámbito de proceso, aún en una fase protoembrionaria, podrán suponer una importante agilización procesal. No se trata, al menos no en el corto plazo, de que la IA sustituya al juez, pero sí de que se pueda utilizar para realización de tareas farragosas que hoy en día ralentizan la dinámica procesal, tales como numerado de expedientes, remisión de asuntos al archivo, generación de copias, cálculo automático de plazos o indemnizaciones legales, envío de notificaciones y avisos... lo que, en sentido amplio, el art. 35 del Proyecto de Ley de eficiencia digital llama “tramitación electrónica orientada al dato”. Al respecto, GUZMÁN FLUJA, V.C.: “Sobre la aplicación de la Inteligencia Artificial a la solución de conflictos”, en AA.VV. (BARONA VILLAR, S, Coord.): *Justicia Civil y Penal en la era global*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, págs. 67 y ss.; SUSSKING, R.: *Tribunales on line y la justicia del futuro*, Madrid, La Ley, 2020, págs. 19 y ss. o BARONA VILAR, S.: *Algoritmización del Derecho y la Justicia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, págs. 17 y ss.

<sup>25</sup> En concreto, los cambios previstos consistían en: permitir el apoderamiento *apud acta* a través del sistema electrónico (arts. 18.1 y 19.1 LRJS); permitir, si fuera posible, la remisión de oficios, mandamientos, exhortos y cualesquiera otros actos de comunicación de forma electrónica (art. 62 LRJS); posibilitar la presentación de documentos digitales cuando los actos se realicen por videoconferencia (art. 85.4 LRJS); afianzar la grabación de la vista y su sistema de incorporación al Expediente Judicial Electrónico (art. 89.1 y 2 LRJS); en fin, permitir que, en los asuntos propios del proceso de Seguridad Social, la remisión del expediente administrativo se realice de forma electrónica (art. 143 LRJS).

<sup>26</sup> Sobre este asunto, SALINAS MOLINA, F.: “Una visión general de los desafíos de la jurisdicción social: propuestas de reforma legislativa a partir de una experiencia práctica crítica”, cit., pág. 28.

Así, en cuanto hace al lugar de presentación de escritos y documentos, se modifica por completo el art. 44 LRJS, para eliminar la regulación anterior y tradicional habida en el Orden Social<sup>27</sup> y remitir en bloque a lo previsto en la norma de ritos civil, con la única especialidad de que las personas trabajadoras pudieran “elegir en todo momento si actúan ante la Administración de Justicia a través de medios electrónicos o no”.

En este sentido, se da carta de naturaleza a algo que ya sucede en la práctica y es que cuando se actúa en el Orden Social a través de profesionales jurídicos o en forma societaria, se habrán de utilizar los medios telemáticos previstos en el art. 135 LECiv. (el sistema conocido como LEXNET, que, con ser un sistema necesario, tantos problemas e incertidumbres está generando<sup>28</sup>); por el contrario, las personas individuales (en todo caso los trabajadores—a los que no podía obligarse ¿“contractualmente”? a dicha relación electrónica, art. 56.5 LRJS— y también el empresario persona física, en tanto en cuanto no es un sujeto obligado, *ex* art. 273 LECiv. a utilizar dichos medios) podrían todavía elegir si utilizan el sistema telemático o, por el contrario, presentan los escritos en papel de forma física, ante la oficina judicial del juzgado o tribunal competente, “quedando constancia en el expediente administrativo electrónico de su existencia” y siéndoles estampado “el correspondiente sello en el que se haga constar la oficina judicial ante la que se presenta y el día y hora de la presentación” (art. 135.4 LECiv.).

No se han llevado a efecto, por tanto, las propuestas (más radicales) que exigían una digitalización completa del sistema, con independencia de quien fuera el sujeto interviniente. Semejante propuesta quizá pudiera lograrse en el largo plazo, si bien exige previamente la solución de algunas dificultades, entre las cuales no es la menor a relativa a sortear la “brecha digital” que, obviamente, requerirá de importantes inversiones en medios materiales técnicos y, por supuesto, de elementos formativos correlativos, tanto para profesionales, como para la población general<sup>29</sup>.

Esta cuestión alcanza cotas de especial complejidad en lo relativo al primer acto de comunicación, que debe en todo caso efectuarse por escrito para garantizar la correcta recepción por su destinatario y garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva consagra-

<sup>27</sup> Con esta reforma integral del art. 44 LRJS quedaba suprimida la regla característica del orden social conforme a la cual (y para aclarar dudas históricas) se veda expresamente la presentación de escritos y documentos ante al juzgado de guardia (que había sido posible —e incluso necesario— hasta la reforma procesal de 2009). Ahora bien, es menester hacer constar que el propio art. 135 LECiv., al que el texto rituario social remite, contempla expresamente para los Tribunales “civiles” (también por remisión para los “laborales” aunque no lo dijera el art. 44 LRJS) la exclusión de la posibilidad de presentar escritos el último día del plazo ante el juzgado de guardia, pudiendo hacerse hasta las 15.00 h del día hábil siguiente al último del plazo. SALINAS MOLINA, F.: “Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal: ámbito social”, cit., pág. 13.

<sup>28</sup> Sobre la cuestión, por todos, DE LAMO RUBIO, J.: “Citación telemática a juicio y nulidad de actuaciones judiciales en el orden social”, *Diario La Ley*, núm. 9181, 2018, págs. 2 y ss. o LÓPEZ BALAGUER, M.: “La incidencia del sistema Lex Net en los actos de comunicación de la jurisdicción social en la doctrina de los tribunales”, en AA.VV. (NORES TORRES, E., Coord.): *Problemas actuales del proceso laboral. Homenaje al Prof. José M<sup>a</sup>. Goerlich Peset con ocasión de sus 25 años como catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, págs. 189 y ss.

<sup>29</sup> NORES TORRES, E.: “El proceso de digitalización en la jurisdicción social: algunos avances y perspectivas”, cit., págs. 9 y ss.

do en el art. 24 CE, según ha concluido en numerosas ocasiones el máximo intérprete de la *norma normarum*<sup>30</sup>.

En este sentido, cabe dar cuenta de que la modificación planteada por el PLMEP del art. 155 LECiv., empero, la situaba también en el régimen común (realización por medios electrónicos), siempre que su receptor fuera un profesional o una persona obligada a relacionarse con la Administración de Justicia por medios electrónicos, aun cuando seguía admitiendo que se produjera de un modo físico si lo era una persona física no profesional.

No obstante, la regulación específica existente en el art. 55 LRJS, efectúa unas remisiones un tanto complejas: para los sujetos obligados a las comunicaciones electrónicas se remite al art. 162 LECiv, pero si tiene por objeto la personación en juicio o la intervención personal, se remite al art. 155.2 LECiv., donde se dispone que para los casos en que la primera comunicación ya se ha efectuado, se estará a lo dispuesto en el art. 152.6 LECiv.<sup>31</sup>.

Por otro lado, se establece la obligación de que, “en el primer escrito o comparecencia ante el órgano judicial, las partes o interesados y, en su caso, los profesionales designados, señalarían el domicilio físico, teléfono y dirección electrónica, en el caso de personas obligadas a relacionarse electrónicamente con la Administración de Justicia, para la práctica de los actos de comunicación” (art. 53.2 LRLS).

En este sentido, “el domicilio y los datos de localización facilitados con tal fin surtirán plenos efectos y las notificaciones en ellos intentadas sin efecto serán válidas hasta tanto no sean facilitados otros datos alternativos, siendo carga procesal de las partes y de sus representantes mantenerlos actualizados” (art. 53.2 *in fine* LRJS).

Además, respecto al lugar de las comunicaciones, se indicaba que “las citaciones, notificaciones, emplazamientos y requerimientos a las partes que no actúen representadas en los términos del art. 18 LRJS, se harán en el local de la oficina judicial, si allí comparecieren por propia iniciativa los interesados, o por haber sido emplazados para ello y, en otro caso, en el domicilio señalado a estos efectos” (art. 55 LRJS).

En este sentido, debe tenerse en cuenta que en estos casos en los que todavía sea necesaria la citación “física”, resultará de plena aplicación la doctrina del Tribunal Constitucional, conforme a la cual el órgano judicial ha de realizar un esfuerzo serio para la localización del interesado, algo especialmente relevante cuando se trate de la primera notificación de la existencia del proceso<sup>32</sup>.

Cuando, por el contrario, se tratare de personas que estén legalmente obligadas a relacionarse electrónicamente con la Administración de Justicia o que hayan optado por la utilización de estos medios se realizará de forma telemática, en la forma prevista en el art. 162 LECiv.

No obstante, si la comunicación tuviese por objeto la personación en juicio o la realización o intervención personal de las partes a determinadas actuaciones judiciales,

<sup>30</sup> Por todas, STCo 179/2021, de 25 de octubre.

<sup>31</sup> Sobre esta intrincada, a veces inextricable, cuestión NORES TORRES, E.: “El proceso de digitalización en la jurisdicción social: algunos avances y perspectivas”, *Lex Social*, Vol, 13, núm. 2, 2023, págs. 9 y ss.

<sup>32</sup> Entre otras, SSTCo 6 y 47/2019, de 17 de enero y 8 de abril.

habrá de estarse a lo establecido en el art. 155.2 LECiv., en técnica respetuosa con la jurisprudencia constitucional<sup>33</sup>, que exigía en estos casos un especial esmero del órgano judicial, para verificar el efectivo conocimiento de ese primer trámite por parte del interesado y desterrar así el riesgo de indefensión que originaría una clara lesión del derecho fundamental consagrado en el art. 24 CE<sup>34</sup>.

En fin y a la postre, cabe concluir que se dan los pasos para ir incorporando la realización tecnológica de las actuaciones judiciales, pero que la misma es gradual y progresiva, y no radical y absoluta, pudiendo decirse que se avanzaba en la idea que el expediente judicial cada vez está llamado a ser más electrónico.

## *2.2. Sobre las posibilidades de conciliación digital: la mejor gestión del conflicto gracias a la tecnología y un ¿extravagante? llamado a la negociación colectiva*

Un ámbito en el que también pueden jugar un papel destacado la utilización de las nuevas tecnologías es el de la conciliación entre las partes, como vía autocompositiva para evitar que sea al final un tercero (por más que goce del prestigio de la autoridad judicial) quien resuelva la controversia.

Como bien es sabido, actualmente los medios de solución de conflictos sufren en España de una “habitual ineficacia”<sup>35</sup>. Esto lleva a considerar que, en efecto, un punto trascendental viene dado para mejorar los sistemas de solución extrajudicial de conflictos<sup>36</sup>, para lograr que se corrija tal defectuosa situación, aun cuando experiencias tan lamentables como la vivida en Castilla y León con la congelación del SERLA no inviten precisamente al optimismo.

En este sentido, es necesario parar mientes en una medida de reforma prevista en el Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal que, tal vez, pasara inadvertida entre otras más espectaculares (recuérdese aquella propuesta de separación –en ciertos casos– de los actos de conciliación procesal y juicio, no ya en “única convocatoria, pero

---

<sup>33</sup> ESCOURIDO PÉREZ-SINDÍN, J.M.: “El anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia: reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil y su impacto en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social”, cit., pág. 4.

<sup>34</sup> Vid. SSTCo 6 y 47/2019, de 17 de enero y 8 de abril.

<sup>35</sup> SALINAS MOLINA, F.: “Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal: ámbito social”, cit., págs. 15 y 26.

<sup>36</sup> Sobre esta idea han insistido, entre otros, MARTÍN VALVERDE, A.: “Medios no judiciales de solución de conflictos laborales”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 123, 2016, págs. 15 y ss.; MOLINA NAVARRETE, C.: “Procedimientos autonómicos de solución extrajudicial de conflictos: balance de convergencias y divergencias 30 años después”, *Temas Laborales*, núm. 154, 2020, págs. 79 y ss.; ARESTEY SAHÚN, M.L.: “Medidas alternativas de solución de conflictos laborales: estado de la cuestión y perspectivas de futuro”, en AA.VV.: *Procedimientos alternativos de solución de conflictos. Perspectiva interdisciplinar*, Pamplona, Aranzadi, 2020, págs. 45 y ss. o MIÑARRO YANINI, M.: “El impulso oscilante a los medios de solución extrajudicial de conflictos laborales efectuado en las últimas reformas laborales”, *Actualidad Laboral*, núms. 19/20, 2012, págs. 5 y ss.

sucesivos actos”, como ocurre desde 2009 *ex art.* 82.2 LRJS, sino en fechas distintas<sup>37</sup>), pero que iba dirigida a tratar de mejorar y agilizar algunos aspectos de la celebración del acto de conciliación (ya sea anticipada y separada o no) ante el letrado o letrada de la Administración de Justicia.

Así, de un lado, en caso de haber sido promulgada la Ley de Eficiencia Procesal las partes iban a poder “anticipar la conciliación por vía telemática”; si “el acuerdo viene firmado digitalmente por todas las partes, se dictaría Decreto en el plazo máximo de tres días; si, por el contrario, no estuviera firmado por todas o alguna de las partes, “se citará a las partes para su posterior ratificación a comparecencia en un plazo máximo de cinco días”, documentándose en el acta “la conciliación y la resolución aprobatoria” (tenor propuesto para el art. 84.1 LRJS).

Esta idea resultaba luminosa para continuar explorando fórmulas ágiles mediante las cuales la tecnología puede ayudar a resolver el conflicto, aún aquel ya judicializado, a través de una vía rápida y sencilla que, gracias a los instrumentos líquidos que permiten las TIC (pero siempre con las debidas garantías) puede llegar de forma inmediata al órgano judicial y, siempre que no mereciera reproche por abusivo o fraudulento, poner fin al litigio, con evidentes beneficios tanto para las partes, como para la Sociedad en su conjunto.

Sin embargo, y para desazón de quien estas líneas firma, dicha modificación fue una de las olvidadas o, si se prefiere, eliminadas, por el RD 6/2023, que no ha alterado el anterior tenor del art. 84 LRJS. No obstante, esta idea de conciliación telemática y firmada digitalmente resulta interesante y quizá puedan alcanzarse resultados parecidos a partir de la digitalización general de las actuaciones procesales llevada a cabo por el mentado RD 6/2023.

Como ha sido puesto de manifiesto por quien más sabe, este impulso de los medios de solución de conflictos, lo que seguramente, y entre otras cosas, requeriría una “flexibilización de los instrumentos negociadores colectivos susceptibles de constituir órganos de conciliación, mediación y/o arbitraje con plan eficacia para evitar el proceso social y constituir títulos ejecutivos sociales”<sup>38</sup>.

En consecuencia, si bien toda la normativa procesal constituye Orden Público y, por tanto, no puede ser alterada por la norma paccionada, nada impide que los interlocutores sociales puedan llevar a cabo una labor pedagógica (que tantas veces se hace bajo fórmulas tan poco imaginativas como la mera reproducción de los preceptos legales en el texto del convenio), consistente en adicionar a aquellos contenidos en los que se regulen los medios de solución de controversias otros en los cuales, de un lado se recordara la po-

---

<sup>37</sup> Bien es verdad que, de un lado, tal posibilidad quedó severamente atemperada en la versión definitiva del Proyecto (frente a la posibilidad más amplia contenida en el Anteproyecto) de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal, habida cuenta de que se limitaba a aquellos supuestos en los que hubiera expectativa de éxito en la conciliación; de otro, y como ya se indicó páginas atrás, porque este intento de creación de una “doble agenda” en entre quien dirige el proceso y el LAJ, debía venir acompañado también de la necesidad de una “doble citación”, que permitiera optimizar los espacios para la celebración de actuaciones judiciales, DE LAMO RUBIO, J.: “La conciliación intraprocesal social en el Anteproyecto de Ley de Eficiencia Procesal”, cit., pág. 3.

<sup>38</sup> SALINAS MOLINA, F.: “Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal: ámbito social”, cit., págs. 15 y 26.

sibilidad de llegar a un acuerdo en cualquier momento con anterioridad a la celebración de la vista judicial (tal y como reconoce el actual tenor del art. 82.3 LRJS) y, de otro, concretara las fórmulas y mecanismos digitales para perfeccionar el acuerdo conciliatorio (con los medios digitales adecuados para ello, incluido el de la firma electrónica necesaria) y remitirlo de forma telemática al órgano judicial para su final formalización (como se indicaba en el Proyecto de Ley de Eficiencia Procesal para el art. 84.4 LRJS).

Quien estas líneas firma tiene la certeza de que las partes enfrentadas en un conflicto laboral, tras haber realizado el obligado (y muchas veces meramente formal) intento de conciliación y haber judicializado el conflicto se olvidan de todo intento de solución del mismo, dando por hecho que ya sólo cabe la resolución judicial. Evidentemente no es éste el espíritu presente en la norma de ritos social, donde una y otra vez se apuesta por la solución negociada. Desde luego, la tecnología aplicada al particular puede ayudar a facilitar la tarea (algo tan sencillo como conseguir un acuerdo, firmarlo digitalmente y enviarlo de forma telemática), consiguiendo una mejor pacificación de las relaciones laborales y un cierto descargo de las apretadas agendas judiciales; y, por tanto, los interlocutores sociales pueden estar atentos para tratar de afrontar la tarea pedagógica que les puede atañer.

La incorporación de la conciliación telemática, sin duda, representaba un avance significativo que muy bien podía ser tomado como uno de los ejemplos más visibles de las potencialidades que la tecnología puede aportar para lograr una mayor agilización procesal, sin desdoro de las garantías propias del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, y el diálogo social tiene que saber acoger y potenciar esta modalidad.

### *2.3. En particular, sobre la posibilidad de celebrar vistas telemáticas en el Orden Social de la Jurisdicción*

Huelga decir que, en la actualidad, los sistemas telemáticos de comunicación están ampliamente extendidos en la vida social y también en la práctica empresarial. Son frecuentísimas las reuniones, actos, congresos y eventos de todo tipo que, sobre todo tras la pandemia de la Covid 2019, se realizan por vídeo conferencia o, en ocasiones, en formatos híbridos o mixtos, que combinan la presencialidad y la teleasistencia.

La realidad jurisdiccional no ha de quedar ajena a esta evolución social, debiendo suscitarse el debate, que estas líneas trata de sintetizar, acerca de la viabilidad y conveniencia de que esta herramienta tecnológica pueda ser utilizada en el seno del proceso judicial, en particular y por cuanto ahora ocupa, del seguido ante los órganos del Orden Social de la Jurisdicción<sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> CABEZUDO BAJO, M.<sup>a</sup> J., “Avance hacia un juicio penal íntegramente telemático mediante un uso generalizado de la videoconferencia: eficiencia y derechos fundamentales”, *Revista General de Derecho Procesal*, 2020, núm. 52, pág. 8; GARCÍA SANZ, J.; GONZÁLEZ GUIMARAES DA SILVA, J.: “Las vistas telemáticas en el proceso civil español: visión comparada, regulación y cuestiones prácticas que suscita su celebración”, *Diario La Ley*, 2020, núm. 9659, págs. 1 y ss.; LOREDO COLUNGA, M.: “Actuaciones procesales con pre-

Con la regulación anterior al mentado RD 6/2023, y centrando la atención en el ordenamiento interno (aun cuando existen instrumentos interesantes a nivel comunitario que contemplan tal posibilidad, como el Reglamento UE 2020/1783, de 25 de noviembre, sobre cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil<sup>40</sup>), cabría decir que la regulación era incompleta y difusa, aun cuando no faltaba ya cierta base, suficiente para poder recurrir a la videoconferencia de cara a la celebración de actuaciones judiciales, incluidas las vistas, en determinadas circunstancias.

Por supuesto, la legislación de urgencia durante la pandemia permitía (incluso exigía, calificándolas de “preferentes”) las actuaciones judiciales celebradas a través de videoconferencia (RDL 16/2020 y la posterior Ley 3/2020) pero, obviamente, tal normativa tenía un carácter temporalmente limitado.

Sin embargo, acudiendo a la normativa procesal general también era posible su celebración, si bien a través de una interpretación un tanto voluntarista. En efecto, los arts. 229 y 230 LOPJ (en su versión tras la reforma operada por la Ley 7/2015) aludían a la posibilidad de utilizar en el proceso “medios electrónicos, informáticos y telemáticos”, entre los cuales –y sin mucha dificultad– cabría entender comprendidos los sistemas de videoconferencia<sup>41</sup>.

Por su parte, diversos preceptos de la LEC (norma rituarial supletoria en el orden social) amparaban el uso de tales instrumentos. Por ejemplo, el art. 299 LEC permitía su utilización en la celebración y práctica de determinadas pruebas cuando alguna de las personas concercidas no puedan estar físicamente presentes. De igual modo, el tenor del art. 129 LEC, puesto en conexión con los antes mencionados arts. 220 y 230 LOPJ, permitían entender que cabía acudir al recurso de la videoconferencia, incluso para la celebración íntegra de la vista, si bien quizá limitándola a aquellos casos en los que no hubiera otra alternativa o se ventilaran cuestiones meramente jurídicas o que requirieran medios probatorios no especialmente complejos<sup>42</sup>.

En todo caso, las Leyes de Eficiencia, en particular la Ley de Eficiencia Digital, habrían de haber supuesto un importante acicate en este sentido, en caso de haber llegado a aprobarse. No ocurrió así por el final abrupto de la legislatura anterior, pero ha ocurrido en los albores de la nueva, a través del ya mentado RD 6/2023, que ha supuesto un vendaval de reformas procesales recogidas en su Libro I (con entrada en vigor veinte días después de su publicación en el BOE, según su disposición final 9ª, aun cuando concediendo un tiempo de adaptación para la incorporación de las “novedades digitales” para

---

sencia telemática (o cómo hacer de la necesidad virtud)”, *Práctica de los Tribunales*, 2020, núm. 146, págs. 3 y ss.; CARDONA FERNÁNDEZ, A. M., “La celebración de juicios telemáticos: ¿es la solución a la pandemia y al colapso judicial?”, *Diario La Ley*, 2021, núm. 9786, págs. 2 y ss.

<sup>40</sup> Al respecto, NORES TORRES, L.E.: *La prueba internacional en el proceso laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, págs. 24 y ss.

<sup>41</sup> Al respecto, GARCÍA SANZ, J.; GONZALEZ GUIMARAES DA SILVA, J.: “Las vistas telemáticas”, cit., págs. 13 y ss.; GÓMEZ ESTEBAN, J., “Juicios telemáticos”, cit., págs. 3-12.

<sup>42</sup> FERNÁNDEZ FIGARES MORALES, M.J.: *Audiencias telemáticas en la Justicia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pág. 57.

aquellas Comunidades que lo necesiten<sup>43</sup>), condensando e implementando muchas de las iniciativas que habían sido incorporadas a aquellos frustrados proyectos de las Leyes de Eficiencia procesal y digital.

Así, el RD 6/2023 ha incorporado un art. 129 *bis* LECiv. que amplía notablemente la posibilidad de celebración de actuaciones telemáticas, habida cuenta de que “constituido el Juzgado o Tribunal en su sede, los actos de juicio, vistas, audiencias, comparencias y, en general, todos los actos procesales, se realizarán preferentemente mediante presencia telemática, siempre que las oficinas judiciales tengan a su disposición los medios técnicos necesarios para ello... [realizándose] la intervención telemática... desde un punto de acceso seguro, de conformidad con la normativa procesal que regule el uso de la tecnología en la Administración de Justicia” (a saber, arts. 59 y ss. del propio RD 6/2023).

Ahora bien, esta ampliación no lo es de forma absoluta, al exigir la presencia física de la persona que ha de intervenir para aquellos “actos que tengan por objeto la audiencia, declaración o interrogatorio de partes, testigos o peritos, la exploración de la persona menor de edad, el reconocimiento judicial personal o la entrevista de la persona con discapacidad” (párrafo 2 art. 129 *bis* LECiv.).

Es cierto, que tal exclusión viene acompañada de una serie de contraexcepciones (tan del gusto del legislador procesal) que permitirán al juzgado o tribunal recurrir a la videoconferencia incluso en tales situaciones cuando, atendiendo a las circunstancias, fuera considerado oportuno por el órgano judicial, o mediare solicitud de la persona llamada a intervenir por residir en distinta localidad, pudiendo entonces celebrarse desde alguno de los “lugares seguros” de su municipio. De igual modo, se permite que las autoridades y funcionarios públicos puedan realizar sus declaraciones a través de videoconferencia desde puntos de acceso seguros.

Como puede apreciarse, la intención del legislador, confesada en la propia exposición de motivos de la nueva norma, pasa por normalizar las actuaciones judiciales telemáticas y por videoconferencia, proporcionando carta de naturaleza a utilizar este recurso en algunos casos concretos en los que resulta necesario o, al menos, puede ser muy conveniente atendidas las circunstancias concretas de cada caso<sup>44</sup>.

Sin duda, esta opción mesurada es sensata y casa bien con los principios de funcionamiento propios de los tribunales españoles, también los laborales. La tecnología, en este caso la posibilidad de utilizar video conferencias, ha de ser vista como un recurso y no como un fin en sí misma.

---

<sup>43</sup> Desde la entrada en vigor del libro primero del presente real decreto-ley, los servicios y sistemas tecnológicos previstos en el mismo o que sean necesarios para la plena operatividad de sus preceptos, serán plenamente aplicables en todas las Comunidades Autónomas que ya cuenten con los mismos. Las Comunidades Autónomas que aún no cuenten con tales sistemas o servicios, o que, contando con los mismos, aún no hayan operado su plena integración con los nodos, servicios o sistemas comunes del Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes deberán, en todo caso, llevar a cabo su plena aplicación e integración el 30 de noviembre de 2025. Disposición Final 9ª RD 6/2023, de 19 de noviembre.

<sup>44</sup> NORES TORRES, E.: “El proceso de digitalización en la jurisdicción social: algunos avances y perspectivas”, cit., págs. 9 y ss.

Es cierto que aporta notables ventajas cuando puede ser utilizada para atender a problemas y situaciones concretas, tales como ahorrar largos y costosos desplazamientos, lograr un menor índice de suspensiones u optimizar los recursos de la Administración de Justicia; y, tal medida, tiene que ser valorada y posibilitada<sup>45</sup>.

No lo es menos que la tecnología no puede ser la solución a todo problema y que tiene una serie de inconvenientes prácticos, tales como las dificultades técnicas que puede surgir en el momento menos oportuno (interrupciones en la conexión, incompatibilidad de equipos, falta de grabación...) o, incluso, una cierta colisión con otros principios el proceso<sup>46</sup>, como, por ejemplo, y por cuanto hace al orden social, el de intermediación consagrado en el art. 74 LRJS.

Es cierto que puede reelaborarse el concepto de intermediación, para pasar de una versión física, a otra puramente virtual, en la que la existencia de los antes mentados puntos seguros (que garantizan la personalidad de los intervinientes y la integridad de su actuación) puede servir como apoyo para superar tal recelo<sup>47</sup>.

De igual modo, los peligros respecto a que se vean vulnerados los derechos a la intimidad o la protección de datos han de conjurarse mediante el establecimiento de un conjunto de medidas técnicas de garantía que, si bien son complicadas y pueden fallar, no presentan mayores riesgos que otros órdenes de la vida donde también han de utilizarse los nuevos mecanismos tecnológicos por resultar útiles y eficaces<sup>48</sup>.

Por otro lado, en cuanto al modo concreto de llevar a cabo la vídeo conferencia, es menester acudir al art. 137 bis LECiv., incorporado por el RD 6/2023, conforme al cual “las actuaciones judiciales realizadas por videoconferencia deberán documentarse en la forma establecida en el art. 147 LECiv”, esto es, a través de la firma digital del letrado o letrada de la Administración de Justicia garantizando su autenticidad.

Es necesario parar mientes respecto al lugar desde el que debe intervenir el sujeto llamado a actuar mediante vídeo conferencia, ya sea profesional o parte, testigo o perito. Hay que descartar que pueda hacerlo desde cualquier lugar o desde cualquier dispositivo (por ejemplo, el despacho profesional del representante procesal de la parte que ejerce la profesión de la abogacía o graduado social); antes al contrario, la nueva norma lo circunscribe a lugares muy concretos. Así, “lo harán desde la oficina judicial correspondiente al partido judicial de su domicilio o lugar de trabajo y, en caso de disponer de medios adecuados, también desde el juzgado de paz” (art. 137 bis párrafo 2 LECiv.). Por tanto, la vídeo conferencia parece sobre todo destinada a evitar largos desplazamientos a

---

<sup>45</sup> SALOM LUCAS, A.: “Los juicios telemáticos ¿ficción o realidad?”, *Revista el Derecho-Lefebvre*, enero, 2021, pág. 4 o MAGRO SERVET, V.: “Hacia el uso habitual de las videoconferencias en las vistas judiciales”, *Diario La Ley*, núm. 9646, 2020, pág. 11.

<sup>46</sup> TUSET VARELA, D.: “Proceso 2.0: vídeo-identificación, identidad digital autosoberana y brecha digital”, *Diario La Ley*, núm. 9671, 2020, pág. 2.

<sup>47</sup> GARCÍA-VARELA IGLESIAS, R.: “Camino a la intermediación digital en la Justicia: juicios y actos procesales remotos”, *Diario La Ley*, núm. 9873, 2021, pág. 4 o SANCHÍS CRESPO, C.: “Vistas telemáticas y plataformas digitales: algunas cuestiones”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 33, 2022, pág. 384.

<sup>48</sup> SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA, J.M.: “La tramitación del proceso social por medios telemáticos y sus problemas”, cit., págs. 4 y 22.

quienes deban intervenir en un acto procesal y, por tanto, no responde a meros criterios de comodidad para evitar el desplazamiento hasta las sedes de los Juzgados.

Ahora bien, nueva contra-excepción (tan del gusto del legislador procesal), “cuando el juez o jueza, en atención a las circunstancias concurrentes, lo estime oportuno, estas intervenciones podrán hacerse (salvo que la persona sea menor de edad o padezca discapacidad) desde cualquier lugar, siempre que disponga de medios que permitan asegurar la identidad del interviniente, conforme se determine reglamentariamente”. En particular “las víctimas de violencia de género, violencia sexual, trata de seres humanos y víctimas menores de edad o con discapacidad podrán intervenir desde los lugares donde se encuentren recibiendo asistencia” (art. 137 bis párrafo 3 LECiv.).

Por su parte, “el tribunal velará por el cumplimiento del principio de publicidad, acordando las medidas necesarias para que sean públicas y accesibles a los ciudadanos” y, además, “deberá realizarse garantizando la accesibilidad universal” (art. 137 bis párrafo 6 LECiv.).

En fin, “el uso de medios de vídeo conferencia deberá solicitarse con la antelación suficiente y, en todo caso, diez días antes del señalado para la actuación correspondiente” (art. 137 bis párrafo 4 LECiv.); algo teóricamente (la realidad suele ser más holgada) difícil en un buen número de supuestos propios del Orden Social de la Jurisdicción, pues en muchos casos los plazos que median entre la citación y la vista son menores a esos diez días.

### III. A modo conclusivo: la tecnología como Bálsamo de Fierabrás en materia procesal

Sin duda, la visión panorámica que se acaba de proporcionar a las posibilidades de actuación telemática y por vídeo conferencia en el orden social es una cuestión aún incipiente; un campo de actuación abocado a numerosos cambios, tanto legales como en los usos del foro, que, si bien quizá no resuelvan por sí solos los problemas de la chirriante Administración de Justicia, sí pueden contribuir a mitigar algunos de los más flagrantes<sup>49</sup>.

La digitalización constituye una pieza notable aun cuando no única en la que sustentar la agilización y modernización de la Administración de Justicia en España. La evolución descrita en estas páginas ha tratado de mostrar que las frustradas Leyes de Eficiencia dejaron pendiente una labor que ha recibido un impulso muy notable con el tantas veces mencionado RD 6/2023, de 19 de diciembre. Con todo, es evidente que dicha norma no será la última que haya de abordar la cuestión, pues en los próximos tiempos serán necesarias concreciones y adendas a la regulación ahora frugalmente comentada.

Si bien no se puede pensar en que la tecnología va a ser como aquel cervantino Bálsamo de Fierabrás, solución de todos los problemas, sí que es menester reconocer que puede aportar soluciones y posibilidades que tienen que ser estudiadas y calibradas, para

---

<sup>49</sup> Por todos, NORES TORRES, E.: “El proceso de digitalización en la jurisdicción social: algunos avances y perspectivas”, cit., págs. 9 y ss.

valorar los términos de su inclusión en las Leyes rituarías y su utilización posterior por los juzgados y tribunales.

No es, en cualquier caso, se insiste en ello, el único medio para tratar de mejorar el desenvolvimiento de los órganos del Orden Social de la Jurisdicción. Muchas otras medidas podrían ser planteadas y, llegado el caso, implementadas por el legislador. Muchas ya quedaron esbozadas en los Proyectos de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal y digital, algunas (sólo algunas) han sido incorporadas por el RD 6/2023, y otras han sido apuntadas por la doctrina científica, tanto aquellas de corte estrictamente normativo (destacando la potenciación de los sistemas de solución extrajudicial de controversias y la imposición de medidas más severas frente a la litigiosidad temeraria), como las relativas a una mayor necesidad de dotación de medios materiales y humanos<sup>50</sup>.

Todo para lograr la indeclinable y perentoria tarea de mejorar el funcionamiento de los tribunales de justicia, en particular en cuanto hace al tiempo de respuesta a los justiciables, para evitar nuevos episodios de lesión en el derecho fundamental consagrado en el art. 24 de la Constitución y, al tiempo, conseguir el correlato adjetivo lógico a la protección y tutela dispensados por la legislación sustantiva de trabajo.

---

<sup>50</sup> Sobre este aspecto, permítase la remisión a TASCÓN LÓPEZ, R.: *Hacia la eficiencia procesal en el Orden Social de la Jurisdicción*, Pamplona, Aranzadi, 2023, págs. 23 y ss.

## RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

CHABANNES, M. *El sistema de pensiones español en una sociedad en constante transformación un estudio desde una perspectiva holística y comparada*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023.

Doi: 10.20318/labos.2024.8406

La reciente publicación de “El sistema de pensiones español en una sociedad en constante transformación: un estudio desde una perspectiva holística y comparada” del Profesor José Luis Ruiz Santamaría en la editorial Aranzadi, constituye un trabajo de investigación profundo y altamente informativo que se sumerge en uno de los temas más apremiantes y relevantes de la actualidad: el sistema de pensiones en España. En un momento en el que la sociedad enfrenta cambios demográficos, económicos y sociales significativos, esta monografía ofrece un análisis crítico sobre cómo estos factores están afectando el sistema de pensiones en el país.

El profesor José Luis Ruiz Santamaría se distingue por su profundo conocimiento en la materia, y su enfoque holístico y comparativo aporta una dimensión adicional de profundidad y pertinencia al trabajo. La estructura del libro se despliega en cinco capítulos, cada uno abordando aspectos esenciales en relación con las pensiones.

El primer capítulo establece un contexto histórico sólido, remontándose a los primeros intentos de protección social en culturas antiguas y avanzando a través de la evolución del sistema de pensiones en España en los siglos XIX y XX, culminando en el Pacto de Toledo de 1995, un punto de referencia crucial en la protección social de nuestro país. Este enfoque histórico permite al lector aprender las raíces

y la evolución del sistema de pensiones español desde una perspectiva amplia.

En el segundo capítulo de esta monografía, el autor realiza un análisis exhaustivo de los aspectos constitucionales y las reformas más recientes que han impactado en el sistema de pensiones español. El Profesor José Luis Ruiz Santamaría enfatiza la trascendental importancia de mantener un sistema público de Seguridad Social en el contexto actual de España, considerando especialmente los compromisos contraídos ante la Unión Europea en su Plan de Recuperación y Resiliencia. Uno de los puntos cruciales que el autor aborda en este capítulo es la implementación del nuevo mecanismo para la sostenibilidad del sistema, conocido como el Mecanismo de Equidad Intergeneracional. Este mecanismo reemplaza al antiguo Factor de Sostenibilidad y representa un cambio fundamental en el enfoque del sistema de pensiones. El autor aboga por asegurar la sostenibilidad del sistema a través de ingresos y no mediante recortes, lo que implica una perspectiva más equitativa y justa para las generaciones actuales y futuras. Este nuevo enfoque busca garantizar que el sistema de pensiones pueda mantenerse sólido sin poner en peligro la calidad de vida de los pensionistas y futuras generaciones. Por otra parte, se realiza un análisis del Real Decreto-ley 2/2023, una norma que marca un hito importante en la protección de los derechos de los pensionistas en España. El Real Decreto-ley aborda una serie de cuestiones críticas, incluyendo la ampliación de los derechos de los pensionistas, lo que representa un paso significativo hacia la garantía de una vida digna para las personas mayores en la sociedad. Además, se enfoca directamente en la reducción de la brecha

de género en las pensiones, un problema persistente y complejo. Este compromiso del legislador refleja la determinación en garantizar la igualdad y la equidad en el sistema de pensiones, eliminando barreras que han afectado desproporcionadamente a las mujeres.

En el tercer capítulo de esta monografía, el autor nos brinda una perspectiva global al realizar un análisis comparativo de los sistemas de pensiones en Europa y a nivel internacional. Este enfoque amplio permite comprender mejor la situación del sistema de pensiones español al identificar similitudes, diferencias y mejores prácticas en sistemas de pensiones de todo el mundo. Se examinan los cambios y transformaciones en los sistemas de pensiones en Europa, lo que contextualiza la situación del sistema de pensiones español en un ámbito europeo más amplio. Además, se ofrece una visión global de los diferentes modelos de pensiones en todo el mundo, lo que enriquece el debate y la toma de decisiones en políticas públicas relacionadas con las pensiones.

En el cuarto capítulo de esta obra, se aborda un desafío de extrema relevancia en la actualidad: la brecha de género en las pensiones. El autor profundiza en el análisis de las disparidades persistentes entre hombres y mujeres en lo que respecta a condiciones laborales, salarios y, por ende, en sus pensiones. Este capítulo se convierte en un espacio de reflexión profunda sobre las soluciones jurisprudenciales que se han propuesto y aplicado para abordar esta preocupante brecha de género. Se exploran, en particular, las consecuencias de importantes decisiones judiciales, entre ellas, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre

de 2019 y la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2020. Estas sentencias representan hitos fundamentales en el camino hacia una mayor igualdad de género y justicia relacional en el sistema de pensiones, proporcionando una visión crítica y propuestas destacables que buscan cerrar la brecha de género en el ámbito de la protección social.

En el quinto y último capítulo de esta obra, el enfoque se dirige hacia otro tema de suma importancia: el impacto de la digitalización y la robotización en los procesos productivos. En un mundo que avanza hacia la Industria 4.0, es fundamental analizar cómo estas innovaciones tecnológicas están transformando aceleradamente el panorama laboral y económico. Se profundiza en la discusión de factores determinantes, como la revolución tecnológica en el empleo y su influencia en la financiación de la seguridad social. Este capítulo genera un espacio para la reflexión sobre las cuestiones cruciales que se plantean en un contexto en el que la tecnología está remodelando las bases de la producción y el empleo, y cómo estas transformaciones repercuten en el sistema de pensiones.

En definitiva, “El sistema de pensiones español en una sociedad en constante transformación” es una obra de referencia que proporciona una visión integral y actualizada para entender el intrincado entramado de desafíos que nuestro sistema de pensiones enfrenta en una sociedad en perpetua mutación. El autor, José Luis Ruiz Santamaría, con su profundo conocimiento en la materia, presenta un análisis crítico respaldado por una investigación exhaustiva. Su análisis se enfoca en los retos cruciales relacionados con la financiación, la brecha de género y el impacto de

la robotización y digitalización en el sistema de pensiones. En resumen, este libro no solo enriquece el conocimiento en el ámbito de las pensiones, sino que también

guía hacia soluciones en un contexto de constante evolución.

**Ruiz Santamaría, José Luis**